

---

種 別： 論説

タイトル： 直接主義についての一考察

著 者： 齋藤 善人

所 収： 『上智法学論集』第 67 卷 4 号（令和 6 年 3 月）73-90 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# 直接主義についての一考察

齋藤 善人

---

- 1 判例の紹介
- 2 判決の評価
- 3 直接主義の違反
- 4 判決の評価／再論

## 1 判例の紹介

1つの判決を見ることから始めたい。最判令和5年3月24日<sup>(1)</sup>である。

### (1) 事案の概要

Xは、Yに対し、遺留分減殺<sup>(2)</sup>を原因とする不動産の所有権一部移転登記手続請求の訴えを提起。Yは、適式な呼出しを受けたにもかかわらず、第1審の第1回口頭弁論期日に出頭することなく、答弁書その他の準備書面を提出することもなかった。第1審では、1人の裁判官Aによって審理されていたところ、同裁判官は、Xの主張事実についてYが自白したものと擬制して(159条3項による同条1項準用)、この期日で口頭弁論を終結し、判決言渡期日を指定した。この判決言渡期日において、上記の口頭弁論期日に関与していない裁判官Bが、254条1項1号により、判決書の原本に基づかな

- 
- (1) 民集77巻3号803頁。なお、評釈として、安永祐司「全部勝訴当事者が直接主義違反を理由として上訴をする場合の上訴の利益」法学セミナー822号110頁(令和5年)、濱崎緑「民訴法338条1項1号の再審事由に該当する違法と控訴の利益」法学教室515号120頁(令和5年)。
  - (2) 平成30年の改正前。改正により遺留分減殺請求は削除され、遺留分権利者等は、遺留分侵害額に相当する金銭の支払を請求することができるものとされた(民1046条)。

い、いわゆる調書判決で、Xの請求を全部認容する第1審判決を言い渡した。

Xは、この第1審判決には、249条1項に違反する判決手続の違法があるとして、第1審判決を取り消し、あらためてXの請求を全部認容する旨の判決を求めて控訴した。

原審は、第1審判決には判決手続の違法があるものの、Xの請求は全部認容されているから、控訴の利益を認めることができず、控訴は不適法であるとして、これを却下。Xから上告受理の申立て。

## (2) 判旨

「しかしながら、本件控訴が不適法であるとした原審の判断は是認することができない、その理由は、次のとおりである。

第1審において、事件が1人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が民訴法254条1項により判決書の原本に基づかないで第1審判決を言い渡した場合、その判決手続は同法249条1項に違反するものであり、同判決には民事訴訟の根幹に関わる重大な違法があるというべきである。また、上記の違反は、訴訟記録により直ちに判明する事柄であり、同法338条1項1号に掲げる再審事由に該当するものであるから、上記の第1審判決によって紛争が最終的に解決されるということもできない。

したがって、上記の場合、全部勝訴した原告であっても、第1審判決に対して控訴をすることができるかと解するのが相当である。

そして、前記…の経過によれば、上告人は、本件第1審判決に対して控訴をすることができる。

以上によれば、本件控訴を不適法であるとして却下した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、改めて審理をさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

## 2 判決の評価

### (1) 上訴の利益の問題

自己の請求について全部認容判決を取得した原告が、その判決には直接主義に違反する判決手続の違法があるとして控訴したところ、全部認容されている以上、控訴の利益はないとした原審の是非、これがはっきりとした論点となっており、まさに最高裁が1つの判断を示している。

#### 1) 形式的不服説

上訴とは、不利益な裁判を受けた当事者が、その裁判が確定する前に、上級の裁判所に対して、自分の有利に裁判の取消しまたは変更を求める不服申立てである。したがって、原裁判によって不利益を受けていない当事者に不服申立てを認める必要はない。原裁判に対する不服を申し立てる利益のことを上訴の利益といい、結局、原裁判が当事者にとって不利益かどうか、上訴の利益の基準となる。

そして、原審における当事者の本案の申立てと原裁判で下された判断とを比べて、後者で認められたものが前者より小であるときに、そこに上訴の利益を認めるという考え方（形式的不服説）が通用している。これによれば、たとえば、第1審で本案についての申立てを全部認められた当事者（全部認容判決を得た原告や全部棄却判決を得た被告）には、上訴（控訴）の利益はないことになる<sup>(3)</sup>。本件の原審の依拠するところである。

#### 2) 形式的不服説の例外

ただ、形式的不服説の考え方は、絶対的な基準を提供するものとはみられておらず、例外の扱いが認められている。1つは、予備的相殺の抗弁である。金銭給付を求める訴えにおいて、被告が弁済の抗弁を主張するとともに、これが容れられない場合に備えて、相殺の抗弁を主張した場合（予備的相殺の抗弁）、この相殺の抗弁が奏効して、原告の請求が棄却されたとき、

---

(3) 伊藤眞・民事訴訟法〔第8版〕（有斐閣・令和5年）767頁、高橋宏志・重点講義民事訴訟法（下）〔第2版補訂版〕（有斐閣・平成26年）600頁。

被告は請求棄却という全部勝訴判決を得ているので、被告の側に上訴の利益はないはずである。しかし、相殺によって請求棄却となったときには、自分の反対債権も相殺で消滅し、その不存在に既判力が生じる（114条1項）ことになるのだから、できれば相殺以外の理由（弁済・無効など）で請求棄却の判断を導きたいと考えるのも無理からぬところである。そこで、形式的不服説からも、例外として、予備的相殺の抗弁で勝訴した被告に上訴の利益を認める。

2つに、一部請求の場合である。Xは訴外Aに400万円を貸し付けたが、その後、Aの死亡によりYほか6名がAの債務を相続。そこで、XはYに対し、Yの法定相続分（12分の1）に相当する金額（33万円余）の支払を求める訴えを提起。第1審係属中、他の相続人4名が相続を放棄し、Yの相続分は4分の1になったが、Xは請求を拡張することなく、Xの請求を全部認容する判決がなされた。これにXが控訴し、請求を法定相続分の4分の1に当たる100万円に拡張。Yは、Xに控訴の利益はないとして争ったという事案で、「全部勝訴の判決を受けた当事者は、原則として控訴の利益がなく、訴えの変更又は反訴の提起をなすためのものであっても同様であるが、人事訴訟手続法9条2項（別訴の禁止 [現行人事訴訟法25条]）、民執34条2項（異議事由の同時主張）等の如く、特別の政策的理由から別訴の提起が禁止されている場合には、別訴で主張できるものも、同一訴訟手続内で主張しておかないと、訴訟上主張する機会を奪われてしまうという不利益を受ける…また、この不利益は、全部勝訴の1審判決後は控訴という形で判決の確定を妨げることによってしか排除し得ないので、例外として、これらの場合には、…控訴の利益を認めるべきである」、「この理を進めて行くと、いわゆる一部請求の場合につき、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨が明示されていないときは、請求額を訴訟物たる債権の全部として訴求したものと解すべく、ある金額の支払を請求権の全部として訴求し勝訴の確定判決を得た後、別訴において、右請求を請求権の一部である旨主張しその残額を請求することは許されないと解されるので（最判昭和32年6月7日）、この場合には、一部請求についての確定判決は残額の請求を遮断し、債権者はもはや残額を請求する機会を失ってしまうこととなり、前述の別訴禁止が法律上規定

されている場合と同一となる。したがって、黙示の一部請求につき全部勝訴の判決を受けた当事者についても、例外として、請求拡張のための控訴の利益を認めるのが相当」とした<sup>(4)</sup>。4名の相続放棄によって、第1審の口頭弁論終結時において、XはYに対する貸金債権の一部を請求している形になった（100万円のうちの33万円余という黙示の一部請求）ため、Xの請求の拡張部分は、黙示の一部請求後の残部請求に相当する。判例の法理によれば、これは既判力で遮断されてしまう。そこで、残部である請求の拡張を認めるべく、控訴の利益を肯定するものである。

3つに、審級制度によるところの拘束力が生じる場合である。「控訴審において、第1審判決を取り消し、事件を第1審に差し戻す旨の判決があった場合に、差し戻しを受けた第1審は、裁判所法4条の定めるところにより、右判決の取消の理由となった法律上および事実上の判断に拘束されるのであるから、同条所定の拘束力が生ずる取消の理由となった控訴審判決の判断に不服のある控訴人は、右判決に対して上告をする利益を有し右判断の違法をいうことができるのであるが、右控訴人において右判決の理由に不服があっても、これが取消の理由に対するものでない場合には、控訴人は右判決に対し上告の利益を有しないものと解するのを相当とする」とされた<sup>(5)</sup>。取消・差し戻し判決がされて第1審に差し戻されると、その取消・差し戻しの理由に拘束力が生じる（裁判所法4条）。第1審は、取消・差し戻しの理由とされた上級審の判断に拘束されるわけである。これは、こうしておかないと控訴審が判断したにもかかわらず、差し戻された第1審がそれに従うことなく、再び自己流の判断をしたのでは、堂々巡りとなるからである。そこで、第1審判決に対してその取消・差し戻しの判決を求めて控訴したところ、控訴審がその申立てどおりの判決をした場合、控訴人が、取消・差し戻しの理由となった判断が自分に不利なものであるとして上告することが許されないと、争う機会が失われることになってしまう。したがって、この場合にも、上訴の利益を認める。

---

(4) 名古屋高裁金沢支部判平成1年1月30日、判時1308号125頁、判タ704号264頁。

(5) 最判昭和45年1月22日、民集24巻1号1頁。

### 3) 新実体的不服説

そこで、例外といった格別の取扱いなどを認めるまでもなく、上訴の利益を統一的に説明する考え方が説かれた。すなわち、原裁判を取り消しておかないと、その確定によって既判力その他の判決の効力の作用が生じ、その結果、何らかの致命的な（つまり、後訴を待っていたのでは救済されないような）不利益を被る場合に、上訴の利益を認める立場である（新実体的不服説）<sup>(6)</sup>。これによれば、予備的相殺の抗弁の被告は、114条2項の既判力で、黙示の一部請求認容後の残部請求の原告は、同条1項の既判力で、別訴が封じられてしまう結果となるので、上訴の利益が認められると説明される。

むしろ、2つめの例外を認めた判例の考え方は、第1審判決が確定すると、既判力によって残部を請求して争うことが封じられるという不利益を被ることから上訴の利益を認めているともいえ、新実体的不服説に接近している<sup>(7)</sup>。1つめの例外も、114条2項の既判力が生じる結果、反対債権が不存在となる不利益を被るというのであり、3つめの例外を認めた判例の立場も、上級審の判断の下級審に対する拘束力であり、結局いずれの例外も、要は既判力その他の判決の効力によって不利益を負う場合といえよう。

### (2) 判決の評価

令和5年の事件では、Xの請求は全部認容されている。形式的不服説からすれば、本来、Xに上訴の利益は認められないはずである。が、最高裁の結論は、これを肯定している。ここから、「形式的不服説の新しい例外を認めたもの」との評価もある<sup>(8)</sup>。一方、新実体的不服説からは、どうか。たとえ「第1審判決がそのまま確定したとしても、請求の全部認容という第1審判決の既判力ある判断を受けたXに、のちの訴えで救済されないような実

---

(6) 上野泰男「上訴の利益」鈴木忠一=三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座3巻（日本評論社・昭和57年）247頁、同「上訴の利益」新堂幸司編・特別講義民事訴訟法（有斐閣・昭和63年）292頁、栗田隆「上訴を提起できる者」新堂幸司編集代表・講座民事訴訟7巻（弘文堂・昭和60年）76頁。

(7) 小林秀之・プロブレムメソッド民事訴訟法〔補訂版〕（判例タイムズ社・平成11年）477頁、小林秀之編・判例講義民事訴訟法（弘文堂・平成31年）283頁〔小林秀之〕。

(8) 安永・前掲「評釈」（前注1）111頁。

体法上の不利益は考えられない」<sup>(9)</sup>のではないか。とすれば、新実体的不服説からも、そのままでは上訴の利益を裏づけることはできない。

この点、最高裁は、「また、上記の違反は、……同法 338 条 1 項 1 号に掲げる再審事由に該当するものであるから、上記の第 1 審判決によって紛争が最終的に解決されるということもできない」という。再審によって判決が取り消される可能性があるので、紛争が最終的に解決されるか否かは不明である。その意味で、「全部勝訴当事者である X の地位が安泰ではない」<sup>(10)</sup>。再審による「取消しの可能性を不利益と捉えているようにも解される」<sup>(11)</sup>。

そして、最高裁は、「上記の違反」に当たる部分について、「第 1 審において、事件が 1 人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が…第 1 審判決を言い渡した場合、その判決手続は同法 249 条 1 項に違反するものであり、同判決には民事訴訟の根幹に関わる重大な違法があるというべきである」とし、この直接主義（249 条 1 項）の違反をもって、「338 条 1 項 1 号の再審事由に該当するものである」とする。しかし、直接主義の違反は、再審事由に該当すると考えるべきなのか、更にいえば、そもそも本件は、直接主義に違反するものと考えられるべきなのか。

### 3 直接主義の違反

#### (1) 直接主義

249 条 1 項は、「判決は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官がする」と定める。口頭弁論および証拠調べに自ら関与した裁判官のみが、判決をすることができるという原則である<sup>(12)</sup>。判決をする裁判官と、判決の基礎となる訴訟資料や証拠資料の審理を行う裁判官とが一致していなければならない。裁判官は、自由心証主義（247 条）に基づく事実認定を踏まえて、判決をする。適切な事実認定をするためには、斟酌の対象となる「口頭弁論

(9) 濱崎・前掲「評釈」（前注 1）120 頁。

(10) 安永・前掲「評釈」（前注 1）111 頁。

(11) 濱崎・前掲「評釈」（前注 1）120 頁。

(12) 伊藤・前掲書（前注 3）289 頁。

の全趣旨」や「証拠調べの結果」を正確に把握する必要がある。そのための手段として、裁判官が自ら口頭弁論に関与して、訴訟資料や証拠資料を直接見聞することとした。そして、そのうえで判決をすることにすれば、正確な事実認定に依拠した適正な裁判となるという考え方である<sup>(13)</sup>。

ただ、訴訟の係属中に裁判官が死亡・転任・退官等で交代した場合、交代後の裁判官は、以前の口頭弁論には携わっていないから、そのまま判決することになれば、1項の違反が問題となる状況になってしまう。だからといって、従前行われていた審理をすべてやり直すというのでは、不経済であるし、当事者にとっても不都合である。そこで、新たな裁判官に対して、当事者が、従来の審理経過を報告することにした<sup>(14)</sup>。249条2項は、「裁判官が代わった場合には、当事者は、従前の口頭弁論の結果を陳述しなければならない」と定める。この当事者による従前の口頭弁論の結果の陳述を「弁論の更新」という。このプロセスを経れば、交代した新裁判官も、最初から口頭弁論に関与していたのと同様に、1項の要請を満たすというものだから、いわば直接主義の理念・要請と現実との妥協の産物ともいえよう<sup>(15)</sup>。ただし、実際に弁論の更新として行われるのは、当事者が「従前のとおり陳述します」と述べたり、新裁判官の「裁判官が代わりましたので、弁論を更新します」との発言に対して、当事者が「はい」と答えるに止まるような形で、形式的なものにすぎず、形骸化・儀式化しているといわれている<sup>(16)</sup>。

(13) 小林秀之・民事訴訟法〔第2版〕(新世社・令和4年)319頁。

(14) 笠井正俊=越山和広・新・コンメンタール民事訴訟法〔第2版〕(日本評論社・平成25年)915~916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2版〕(弘文堂・平成23年)1392頁。

(15) 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・平成29年)143頁。

(16) 小林・前掲書(前注13)319頁、加藤=松下・前掲書(前注15)142頁。なお、249条2項と同じ趣旨の296条2項「当事者は、第1審における口頭弁論の結果を陳述しなければならない」について、控訴審の冒頭で「第1審判決事実適示のとおり陳述する」と述べるだけであり、やはり形骸化しているとし、この手続の結果陳述は、当事者が自ら調書などの事実適示の調査に当たり、事件の要点と調書などの記載の関連を把握したうえで、これを裁判官に陳述し、裁判官に調書などの記載の認識を深めさせるとともに、調書などの記載を通じて裁判官が描くであろう事実関係像と、当事者の描く事実関係像の擦り合わせを行い、両者を一致させることを通じて、審理の充実、裁判の適正を図る

これに関して、アメリカの連邦民事訴訟規則 63 条は、「審理または裁判を行う裁判官が手続を続行することができない場合、別の裁判官が、その事件の記録に精通していることを証明し、当事者を損なうことなく事件を完了できると判断したときは、その手続を進めることができる。後任の裁判官は、当事者の要請に応じて、証言が重要であって争点が認められれば、過度の負担なく再び証人を召喚することができる。」と規定する<sup>(17)</sup>。これは平成 3 (1991) 年の改正によるものであるが、以前は審理手続中の裁判官の交代に関する規定は限定的なものだった<sup>(18)</sup>。そのため、手続の途中で裁判官に欠格事由が生じた場合、後任の裁判官が、たとえ公正に手続を処理できると考えられても、裁判官の交代は禁じられ、新裁判官による新たな裁判が必要であるとされていた<sup>(19)</sup>。その結果、裁判官の障害に起因する訴訟の長期化・遅延、費用の増加といった弊害が顕著となった。これを是正するため、改正法が導入されたという経緯である。訴訟手続を続行する後任の裁判官が、その訴訟事件の記録に精通していることを証明し、当事者の利益を損なうことなく、自らが事件を完了できると判断することが求められている<sup>(20)</sup>。したがって、審理の途中で裁判官が交代したような場合、当事者による弁論の更新といった手続を経由することなく、後任の別の裁判官が、口頭弁論の記録や供述書、ブリーフなどそれまでの訴訟の記録を読んで事件の内容を掌握し

---

ための制度である。しかし、裁判官は、この結果陳述より前に、事件記録を読んでいるのであって、裁判官が記録を読んで熟知している以上、当事者による結果陳述といった手続は廃棄し、裁判官による報告で足りるとする見解もある。鈴木正裕「当事者による『手続結果の陳述』」石田=西原=高木還暦記念・金融法の課題と展望（下）（日本評論社・平成 2 年）444 頁、高橋・前掲書（前注 3）688 頁。

(17) F. R. C. P. §63.

(18) 改正前の旧 63 条は、裁判官の死亡またはその他の障害が、評決が示された後または事実認定と法律の結論が提出された後に生じた場合、新たな裁判官に交代する旨定めていた。

(19) たとえば、*Whalen v. Ford Motor Credit Co.*, 684 F.2d 272 (4<sup>th</sup> Cir. 1982) cert denied, 459 U. S. 910 (1982) は、評決前に裁判官が死亡した例、*Arrow-Hart, Inc. v. Philip Carey Co.*, 552 F.2d 711 (6<sup>th</sup> Cir. 1977) は、事実認定や法律の結論を出す前に裁判官が死亡した例であり、いずれも公正な裁判となり得るにかかわらず、新たな裁判官への交代を禁止した。

(20) これは、アメリカ合衆国連邦刑事訴訟規則 25 条(a)と同様の文言である。

ていることを証明し<sup>(21)</sup>、当事者の利益を害することなく、その裁判を終結できると判断したときには、この後任の裁判官により訴訟手続が進行される。後任の裁判官は、交代前の裁判官が採用した証拠に基づいて事実認定する権限があり、判決をする権限がある。

## (2) 直接主義の違反

### 1) 249条1項の違反

1項によれば、基本となる口頭弁論に関与した裁判官が、判決をしなければならない。「基本となる口頭弁論」とは、判決の基礎となる訴訟資料が提出された口頭弁論のことであるが、口頭弁論は、複数回開かれても一体性がある(口頭弁論一体性の原則)から、判決前の最終の口頭弁論期日を指すと解されている<sup>(22)</sup>。それまでの口頭弁論期日で提出された訴訟資料などは、最終の口頭弁論期日で集約されているものと評価されるから、口頭弁論の最終時が判決に直結するものとして基準となる。

基本となる口頭弁論期日に関与した裁判官が、「判決をする」とは、口頭

---

(21) *In re Reale*, 584 F.3d 27 (C.A.1 Mass. 2009)は、F.R.C.P. §63と同じ規律であるF.R. Bankr.Proc.Rule §9028に関して、陪審裁判ではなく、判決の前に前任の破産裁判官が辞任した場合、後任の破産裁判官は、事件記録、訴答等を検討し、当事者を損なうことなく手続を完了できると判断したという必要な証明を果たしたとされた。*Midwestone Bank and Trust v. Commercial Federal Bank*, 331 B. R. 802 (S.D.Iowa 2005)は、破産裁判所の後任の裁判官が、前任の裁判官によって完全に作成された記録を示したことで、事件の記録に精通しているとの証明があり、追加の証人などを呼ぶ必要はなかったとされた。対して、*Canseco v. U.S.*, 97 F. 3d 1224 (C.A.9 Cal. 1996)は、前任の裁判官が事実認定をし、判決を下した後、定年により退官した場合、後任の裁判官は記録に精通していることを証明する必要があり、そのため、記録上関連するすべての部分を読んで検討しなければならないのに、そうしていなかったとされた。*Perkins v. Federal Fruit & Produce Co. Inc.*, 945 F.Supp.2d 1225 (D.Colo 2013)は、陪審の審理中に裁判官の交代があり、陪審員の評決の際は後任の裁判官となっていた場合、この裁判官が事件の記録に精通していることの証明がなかったとしても、被告が異議を唱えていない以上、新たな裁判を受ける権利を放棄したのとして、陪審員の評決を破棄する必要はないとされた。*In re Tri-State Financial LLC.*, 519 B. R. 759 (8<sup>th</sup> Cir. 2014)は、破産裁判所の後任の裁判官が判決をする前に、記録に精通していることを証明し、当事者を害することなく事件を完了できると判断しなかったとされたが、記録をみれば事件の豊富な情報があり、実証することが可能であった。

(22) 加藤=松下・前掲書(前注15)142頁、笠井=越山・前掲書(前注14)914~915頁、松浦=新堂ほか・前掲書(前注14)1391頁。

弁論の結果を踏まえて、判決の内容を決定・作成することであると解されている<sup>(23)</sup>。したがって、口頭弁論終結時の裁判官でない別の裁判官が、判決の内容を決定・作成すれば、1項の違反となる。

これに対して、口頭弁論終結時の裁判官が判決をしていた場合、たとえそれ以前に裁判官が交代していた（が、弁論の更新をしなかった）としたら、1項の違反になるだろうか。XがYに対し、土地の所有権確認請求の訴えを提起したところ、第1回口頭弁論期日は裁判官A、裁判官B、裁判官Cによるものであったが、第2回口頭弁論期日には裁判官Aの立会いはなく、裁判官B、裁判官Cそして裁判官Dによりなされ、第3回口頭弁論期日は再び裁判官A、裁判官B、裁判官Cによって行われ、そのまま裁判官A、B、Cによって請求認容判決が言い渡された。そこで、裁判官Dが更迭された際、弁論の更新が行われていなかったとして争われた事案で、最高裁は、「本件においては、適法に弁論の更新が行われたものと認めるをえない。そうとすれば、原判決は、法律に従い判決裁判所を構成せざりし者によってなされたものというべく、論旨は理由があり、原判決は…破棄を免れない」とした<sup>(24)</sup>。弁論の更新により従前の弁論の結果が新裁判官に報告されることで、その新裁判官が基本となる口頭弁論に関与した裁判官になるのだから、弁論の更新が行われなければ、1項の違反になるという理解である<sup>(25)</sup>。

しかし、1項の違反は、最終の口頭弁論期日に携わっていた裁判官以外の裁判官が、判決内容を決定・作成した場合に問題とされるべきだろう。複数回実施されている口頭弁論の途中で裁判官が交代し、そのときに弁論の更新が行われていなかったとしても、交代した裁判官のもとで口頭弁論が終結し、判決に至った場合は、1項の違反とはならない<sup>(26)</sup>。

(23) 加藤＝松下・前掲書（前注15）142頁、笠井＝越山・前掲書（前注14）915頁、松浦＝新堂ほか・前掲書（前注14）1391頁。

(24) 最判昭和33年11月4日、民集12巻15号3247頁、判時167号11頁。評釈として、萩澤達彦「弁論の更新」民事訴訟法判例百選〔第3版〕（有斐閣・平成15年）104頁。

(25) 笠井＝越山・前掲書（前注14）916頁。

(26) この点、笠井＝越山・前掲書（前注14）916頁も、「もともと、本条1項の解釈としては、最終の口頭弁論期日に関与した裁判官を基本となる口頭弁論に関与した裁判官として理解する以上、この本条2項についての解釈は論理的に一貫しない面があるのかもし

また、XのYに対する土地売買契約の無効確認請求の訴えで、送達された判決正本には、判決言渡しに関与した裁判官として、裁判官A、裁判官B、裁判官Cの表記があったが、判決言渡り日の口頭弁論調書によれば、判決言渡り日に列席して判決の言渡しを行った裁判官は、裁判官A、裁判官B、裁判官Dと表記されていた。しかも原判決の言渡しにあたっては、更新の経路を経由してはいなかった。そこで、判決書に表記されていない裁判官Dが、原判決の言渡しに列席して言い渡された判決は、187条1項（現行249条1項）に違反するとして争った事案で、最高裁は、「基本たる口頭弁論に関与しない判事でも判決の言渡しに関与することを妨げるものではなく、また、判事の更迭があっても判決の言渡しについては弁論を更新する必要はない。従って原判決を言渡しした判事のうちに基本たる口頭弁論に関与しない判事があっても何等の違法なく論旨はいずれも理由がない」とした<sup>(27)</sup>。合議体において、1人の別の裁判官が判決の言渡しにのみ関与していたとしても、1項の違反とするには及ばない。

さて、最終の口頭弁論期日に関与する裁判官と、判決をする裁判官とが一致しているかどうかは、何をもって判別するか。特定の裁判官が口頭弁論期日に関与していたか否かは、「口頭弁論の方式に関する」ものとして、口頭弁論調書の記載によってのみ証明される（160条3項）<sup>(28)</sup>。したがって、裁判官が基本となる口頭弁論に関与していたかどうかは、最終の口頭弁論期日の調書の記載から知ることができる<sup>(29)</sup>。一方、判決の言渡しは、判決書の原本に基づいてなされ（252条）<sup>(30)</sup>、判決書には、判決をした裁判官が署名

---

れない」と示唆する。

(27) 最判昭和26年6月29日、裁判集民事4号949頁。

(28) なお、令和4年の民事訴訟法等の一部を改正する法律で、裁判所書記官は、口頭弁論について、期日ごとに、最高裁規則で定めるところにより、電子調書を作成しなければならず（改正160条1項）、この電子調書を作成したときは、最高裁規則に定めるところにより、ファイルに記録しなければならず（同条2項）、口頭弁論の方式に関する規定の順守は、2項の規定によりファイルに記録された電子調書によってのみ証明することができる（同条4項）とされた。

(29) 加藤＝松下・前掲書（前注15）142頁、笠井＝越山・前掲書（前注14）915頁。

(30) なお、令和4年の民事訴訟法等の一部を改正する法律で、裁判所は、判決の言渡しをするときは、最高裁規則で定めるところにより、…電磁的記録（電子判決書）を作成し

押印をしなければならない（規則 157 条 1 項）から、特定の裁判官が判決をしたか否かは、判決原本における署名押印によって明らかとなる<sup>(31)</sup>。

## 2) 違反の効果

「尚職権を以て調査するに、原判決には裁判長判事 A、判事 C、判事 D の署名捺印があるのであるが、原審口頭弁論調書によれば、…原審最終口頭弁論期日に臨席した判事は裁判長判事 A、判事 B、判事 C の 3 名であることは明瞭であるから、原判決は基本たる口頭弁論に臨席しない判事 D が関与して為されたものであって、民訴法 187 条 1 項（現 249 条 1 項）に違反した不法あるものといわなければならない」<sup>(32)</sup>、「職権によって調査するに、原判決の基本たる口頭弁論に関与している裁判官は、裁判長裁判官 A、裁判官 B、裁判官 C であることは記録上明らかである。然るに原判決には、判決をなした裁判官として、裁判長裁判官 A、裁判官 B、裁判官 D の署名捺印がなされていることが明らかであるから、原判決は民訴 187 条 1 項に違反し判決の基本たる口頭弁論に関与しない裁判官によってなされたものに外ならず、同法 395 条 1 項 1 号（現 312 条 2 項 1 号）に該当するものとして、…破棄を免れないものといわなければならない」<sup>(33)</sup>など、口頭弁論調書の記載と判決の署名とを比較し、最終の口頭弁論期日に関与した裁判官ではない別の裁判官が判決書に署名していた場合、249 条 1 項に違反するとされている。

また、裁判官が途中で交代したにもかかわらず、弁論の更新がされなかった場合も、同様に 249 条 1 項の違反と解されている<sup>(34)</sup>。ただし、審理の途

---

なければならず（改正 252 条 1 項柱書）、判決の言渡しは、前条 1 項の規定により作成された電子判決書に基づいてする（改正 253 条 1 項）とされ、これにより判決の言渡しをした場合、最高裁規則で定めるところにより、言渡しに係る電子判決書をファイルに記録しなければならない（同条 2 項）とされた。

- (31) 笠井＝越山・前掲書（前注 14）915 頁、松浦＝新堂ほか・前掲書（前注 14）1391 頁。  
 (32) 最判昭和 25 年 9 月 15 日、民集 4 卷 9 号 395 頁。  
 (33) 最判昭和 32 年 10 月 4 日、民集 11 卷 10 号 1703 頁。同様の判示をするものに、最判昭和 37 年 11 月 15 日、裁判集民事 63 号 217 頁。最判昭和 39 年 7 月 21 日、裁判集民事 74 号 685 頁。最判昭和 40 年 2 月 18 日、裁判集民事 77 号 405 頁。最判平成 19 年 1 月 16 日、判時 1959 号 29 頁、判タ 1233 号 167 頁。  
 (34) 昭和 33 年判決（前注 24）。三ヶ月章・民事訴訟法（有斐閣・昭和 34 年）341 頁、新堂

中で裁判官が交代したとしても、最終の口頭弁論期日で弁論を更新し、その最終の口頭弁論期日に携わった裁判官が判決をした場合には、249条1項の違反はない<sup>(35)</sup>。弁論の更新を懈怠したという瑕疵が治癒されたものと考えられるからである。

さて、1項に違反すると、どうなるか。「同法395条1項1号(現312条2項1号)に該当するもの」<sup>(36)</sup>、つまり、「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」として絶対的上告理由になると解するのが一般的である<sup>(37)</sup>。ただ、弁論の更新が懈怠されたまま、新裁判官が判決をしたような場合に、これを重大な手続違背として、絶対的上告理由とする考え方には、批判も強い。たとえば、弁論の更新手続は、実質的には直接主義を放棄したものであり、これを忠実に行ったところで、直接主義の本来の要請が充たされるわけではないのに、それを怠ると絶対的上告理由・再審事由になるというのは、直接主義の建前を尊重するあまり、この手続が有する実際の意味に比し、その懈怠に不当に重い効果を与えたものといわざるをえない。弁論の更新は、それによってはじめて従前の口頭弁論に現れた資料が交代後の裁判官にとって判決資料となるという効果をもつのではなく、弁論の更新なくしても適法な判決資料であるものに、直接性という性質ないし価値を付加する手続にすぎず、それゆえ、これを懈怠したとしても、一般の訴訟手続の法令違反となるにすぎず、絶対的上告理由には該当しないとする説<sup>(38)</sup>、弁論の更新といった手続結果の陳述は、当事者が自ら調書などの事実適示の調査に当たり、事件の要点と調書などの記載の関連を把握したうえ、これを裁判官に陳述し、裁判官に調書などの記載の認識を深めさせるとともに、調書などの記載を通じて裁判官が描くであろう事実関係像と、当事者の描く事実関係像の擦り合わせを行い、両者を一致させることを通じて、審理の充実、裁判の適正

---

幸司・新民訴訟法〔第6版〕(弘文堂・令和1年)519頁。しかし、このような考え方には、前述したように疑問がある。

(35) 最判昭和51年6月29日、判時823号52頁。

(36) 昭和32年判決(前注33)など。

(37) これは、再審事由(338条1項1号)でもある。

(38) 松浦=新堂ほか・前掲書(前注14)1394頁。

を図るための制度である。弁論の更新は、当事者の利益のために認められた報告行為であり、それを懈怠したとしても、上告理由となると解する必要はなく、責問権の放棄・喪失の対象となるとする説<sup>(39)</sup>、弁論の更新がされない限り、それまでの口頭弁論で提出されていた主張や証拠調べの結果は、判決の基礎として採用することができないことになるはずだから、弁論の更新の懈怠は、弁論主義の違反にとどまるとする説<sup>(40)</sup>などが提唱された。

## 4 判決の評価／再論

(1) 令和5年判決では、254条1項1号の調書判決をした裁判官が、口頭弁論終結時の裁判官でなかったことから、249条1項に違反するとし、この違反は「民事訴訟の根幹に重大な違法がある」ものだから、338条1項1号の再審事由に該当すると解された。そして、この理解を前提に、Xの請求を全部認容する第1審判決がされ、確定したとしても、Xに控訴の利益ありとされた。これは、再審による取消しの可能性が存する以上、「紛争が最終的に解決されない」し、「Xの地位は当面の間不安定な状況にあることになる」<sup>(41)</sup>。この意味で、「第1審判決に付着する明白かつ重大な手続上の瑕疵と再審の訴えにおける取消しの可能性を、控訴の利益を基礎づける一般的な要素として適示したもの」と解される<sup>(42)</sup>。

令和5年の事件の場合、裁判官Aが判決言渡しの期日を指定してはいたが、裁判官Bが、この期日において弁論を再開したうえ、あらためて終結し、直ちに判決をする(374条1項)といった手順も考えられる<sup>(43)</sup>。こうすれば、最終の口頭弁論の裁判官と判決をした裁判官の不一致という249条1項の問題を回避できたとはいえる。ただ、ここでの判決は、いわゆる調書判

---

(39) 鈴木・前掲「論文」(前注16)407頁、高橋・前掲書(前注3)688頁。

(40) 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55号33頁(昭和50年)、住吉博・民事訴訟読本〔第2版〕(法学書院・昭和51年)99頁。

(41) 安永・前掲「評釈」(前注1)111頁。

(42) 濱崎・前掲「評釈」(前注1)120頁。

(43) 安永・前掲「評釈」(前注1)111頁。

決である。本来、判決の言渡しは、判決言渡し期日に、判決書の原本に基づいて行われる(252条<sup>(44)</sup>) が、当事者間に実質的に争いが無いような事件については、迅速に判決をすべく、様式性を緩和して、判決書の原本に基づかないで、つまり、判決書を作成することなく、判決の言渡しができる(254条1項柱書<sup>(45)</sup>)。その場合、判決書の作成に代えて、裁判所書記官が、言渡し期日の口頭弁論の調書に判決の内容について記載する(254条2項<sup>(46)</sup>)。「被告が口頭弁論において原告の主張した事実を争わず、その他何らの防御の方法をも提出しない場合」(254条1項1号)なので、実質的に争いがなく、原告の請求が認容される場合である。

(2) そうすると、そもそも、令和5年判決が直接主義(249条1項)に違反するものと捉えていることは妥当だろうか。自由心証主義(247条)のもと、「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を斟酌して」、つまり、口頭弁論に顕れた訴訟資料や証拠資料に基づいて、裁判官が事実認定をする。そして、それを反映する形で判決が起案される。したがって、判決の基礎となる事実認定に携わった裁判官が、判決をすることになる。これが直接主義である。口頭弁論に顕出した資料等を吟味し得た裁判官だからこそ、その内容を正確に反映して適正な裁判を行えるという考え方だろう。かように、直接主義は、適正な裁判に至るための1つの手段として採用されたものであるとすれば、裁判の内容が正しく過誤がないことが至上命題となる。こう解すると、「適式な手続を逐一求めることが訴訟手続全体を直接主義の理念に従い適正に運用することに繋がる」<sup>(47)</sup>ことが、常に要請されて然るべきといえるだろうか。

被告Yは、第1回口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面も

---

(44) 令和4年の民事訴訟法等の一部を改正する法律によると、判決の言渡しは、電子判決書に基づいてすることになる(改正253条1項)。

(45) 令和4年の民事訴訟法等の一部を改正する法律によると、前項の規定にかかわらず、電子判決書に基づかないで判決の言渡しをすることができる(改正254条1項柱書)。

(46) 令和4年の民事訴訟法等の一部を改正する法律によると、電子判決書の作成に代えて、裁判所書記官に、判決の言渡しをした口頭弁論期日の電子調書に記録させるものとされる(改正254条2項)。

(47) 安永・前掲「評釈」(前注1)111頁。

提出していない。そこで、159条3項本文により同条1項本文の規定が準用され、相手方（原告）Xの主張した事実を自白したものとみなされた（擬制自白）。その結果、Xの請求を全部認容する判決となり、この判決が調書判決の形となった（254条2項・1項1号）。こういった訴訟の経過に鑑みれば、当然の判決であり、口頭弁論に置れた資料の評価次第で認定事実の違いが生じ、判決の内容にも影響が及ぶといった可能性はない。誰が判断しても、同じ結論・結果に至るものではないか。裁判官Aが口頭弁論を終結し、判決言渡し期日を指定した。けれど、実際に判決を言い渡したのは裁判官Bだった。確かに、最終の口頭弁論の裁判官と判決言渡しの裁判官とは、形式的には一致していない。しかし、Bが言い渡した判決の内容は、Aが言い渡したと仮定した場合の判決の内容と寸分違わないはずである。これを「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」として、再審事由（338条1項1号）や絶対的上告理由（312条2項1号）となると解するのは、過剰反応といえないか<sup>(48)</sup>。249条1項が要求しているのは、基本となる口頭弁論に携わった裁判官が、判決の内容を決定・作成することである。これは、裁判・判決の適正を確保するという目的の達成に整合する方法と考えられたからに他ならない。とすれば、誰が判断しようとも、判決の内容が定まっており、一致するような場合には、裁判の適正が損なわれるおそれはない<sup>(49)</sup>。少なくとも、形式的には口頭弁論終結時の裁判官と判決言渡しの裁判官に不一致があっても、裁判の適正が確保されているのであれば、再審事由や絶対的上告理由とはならない特段の事情があると考えerことで差し支えない。

最終の口頭弁論の裁判官とは別の裁判官が、判決の言渡しをした場合、249条2項との関係では、「従前の口頭弁論の結果を陳述しなければならな

(48) 安永・前掲「評釈」（前注1）111頁は、弁論の更新に関して、一般に形骸化していることから、その実施を厳格に求めることには疑問もあり、そのような見方からは、「いわゆる欠席判決（擬制自白に伴うもの）が可能である場合においても、同様の疑問があり得るかもしれない。」と言及している。

(49) 加藤＝松下・前掲書（前注15）143頁は、「現代における直接主義の存在理由を改めて問い直す必要があることはいうまでもない」としながらも、「実務の追認のために直接主義をあえて過小評価するような事態が決して望ましくはないことは、改めて確認されてよい」という。

い」という定め(弁論の更新)に抵触するものとはいえる。ただ、口頭弁論の途中で裁判官が交代したような場合、後任の裁判官は、当然それまでの訴訟記録に目を通し、事件の概要を把握し、当事者の主張を熟知し、事実関係について目論見を有している。そうすると、弁論の更新のもつ意味は、これまでの訴訟の経過を踏まえることの、後任の裁判官の(あるいは、後任の裁判官への)報告とみることもできるだろう。ならば、後任の裁判官が、訴訟記録に精通していることを明らかにし、当事者の利益を害することなく、訴訟を終えることができると判断したことを前提に<sup>(50)</sup>、弁論の更新といった格別の手続を経ることなく、訴訟を続行できるというように転換することも一考に値するだろう<sup>(51)</sup>。

(鹿児島大学法文学部教授)

※脱稿後、川嶋隆憲「第一審の全部勝訴者が民訴法249条1項違反を理由として控訴を提起する場合の控訴の利益」新・判例解説 Watch 民訴 No. 153 (令和5年)、加藤新太郎「Legal Analysis 第92回 直接主義違反と全部勝訴者の上訴の利益」NBL1255号95頁(令和5年)、能登謙太郎「事件が一人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が民訴法254条1項により判決書の原本に基づかないで第一審判決を言い渡した場合において、全部勝訴した原告が控訴をすることの許否」ジュリスト1593号78頁(令和6年)に接した。

---

(50) cf. F.R.C.P. §63.

(51) 鈴木・前掲「論文」(前注16)444頁は、弁論の更新(手続の結果陳述)の廃棄を提案する。