

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

濱崎, 録
香川大学法学部准教授

<https://doi.org/10.15017/11815>

出版情報 : 法政研究. 75 (1), pp.149-159, 2008-07-18. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

上告審が判決により訴訟終了宣言を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

最高裁判所平成一八年九月四日第二小法廷判決、平成一七年(才)第一四五一号、臨時總會招集請求事件、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

瀨 崎 録

【事実の概要】

Xは、地方自治法二六〇条の二による認可を受けた団体である町内会の会員のひとりである。Xを含む一一九名は、本件町内会の規約に基づき、本件町内会の総代であるYに対して、任期満了による後任の総代等の選任の決議を目的とする臨時總會を招集することを求めて訴えを提起した。本件は、この訴訟の一部である。

Xは、原審の口頭弁論終結後、原判決言渡し前の平成一

七年五月三〇日に死亡したが、Yは、Xを含む一一九名全員について上告及び上告受理申立てを行った。本判決は、町内会の規約上、会員たる地位は当該会員の一身に專屬的なものであって相続の対象とはなり得ないものと解されることから、本件訴訟は、Xの死亡により当然に終了したというべきであるとして、原判決中Xに関する部分を破棄し、Xの死亡により本件訴訟が終了したことを宣言するとした。

【判決要旨】 原判決破棄（自判）

「記録によれば、被上告人（X）は、原審口頭弁論終結後、原判決言渡し前である平成一七年五月三〇日に死亡したことが及び上記町内会の規約上、会員の死亡は、会員資格の喪失事由とされていることが明らかであるところ、上記規約によれば、会員たる地位は、当該会員の一身に專屬的なものであって相続の対象とはなり得ないものと解されるから、本件訴訟は、被上告人（X）の死亡により当然に終了したというべきである。」

したがって、原判決中被上告人（X）に関する部分を破棄し、被上告人の死亡により本件訴訟が終了したことを宣言することとする。なお、訴訟の終了の宣言は、既に訴訟が終了していることを裁判の形式を採って手続上明確にす

るものにはすぎないから、民訴法三一九条及び一四〇条（同法三一三条及び二九七条により上告審に準用）の規定の趣旨に照らし、上告審において判決で訴訟の終了を宣言するに当たり、その前提として原判決を破棄するについては、必ずしも口頭弁論を経る必要はないと解するのが相当である。」〔〕は筆者の加筆〕。

【評釈】結論において賛成

一 はじめに

民訴法三一九条は、書面審理の結果、上告裁判所が上告に理由がないと認めるときは、口頭弁論を経ずに判決で上告を棄却することができる旨を規定している。これは、八七条一項（二九七条・三一三条で上告審の手続に準用）が定める必要的口頭弁論の原則の上告審における例外を認めたものである。上告審は、法律審であるうえ事後審であるので、当該事件記録中の上告状、上告理由書その他の書面を審理することによって、上告に理由があるかどうかの結論に到達することができる場合がある。そこで、書面審理の結果上告に理由がないことが判明した場合には、あえて口頭弁論を開く必要がなく、訴訟経済ないし上告審の負担軽減の観点から、口頭弁論を経ずに判決で上告を棄却する

ことができると規定されたものである。⁽¹⁾これに対して、上告に理由があると認めるとき、すなわち原判決を破棄する場合には、特別規定はないため、原則に戻って口頭弁論は必要であるということになる。このことは、従来、ある種当然のことと考えられてきた。⁽²⁾

しかし、本判決は、最高裁がこの原則には従わず、当事者の死亡により判決で訴訟の終了を宣言する場合に、口頭弁論を経ずに原判決を破棄することを認めた事例である。本判決を含めて、近年、上告審において原判決を破棄する

場合であっても口頭弁論を経ずに判決をすることを認める最高裁判所の判断が続けて示されている。このため、明文規定により認められている以外に、必要的口頭弁論の例外が認められるのか、認められるとすれば、いかなる場合に、上告審において口頭弁論を経ずに原判決を破棄することが許されるのか、が問題となる。

二 本判決の位置づけ

上記の問題点について本件最高裁は、「上告審において判決で訴訟の終了を宣言するに当たり、その前提として原判決を破棄するについては、必ずしも口頭弁論を経る必要はないと解するのが相当」として、原判決を破棄する場合

にも、口頭弁論を経る必要はないとの解釈による例外を認める判断を示した。

訴訟の当事者が死亡した場合、争われている権利が一身専属的なものであれば、当然承継は生じず、訴訟は終了する。本件では、町内会の会員たる地位は、当該会員の一身に専属的なものであることが規約上明らかであり、Xの死亡により訴訟の基本となる二当事者対立構造が消滅することから、訴訟が終了することとなった。このような場合、実務においては「既に訴訟が終了していること」が判決によって宣言される³⁾。本件においても、このこと自体は妥当であろう。

次に、本判決は、上告審における口頭弁論を経ないことの正当化根拠として、民訴法三一九条および一四〇条の規定の趣旨を挙げて、判決により訴訟終了を宣言する場合には、必ずしも口頭弁論を経る必要はないと判示している。前述のとおり、民訴法三一九条は、必要的口頭弁論の例外を認める規定である。また、一四〇条は、不適法な訴えであり、補正ができない場合に、口頭弁論を経ずに訴えを却下できるとする規定であり、同じく必要的口頭弁論の例外を定めている。本来、これらの規定に当たらない場合には、原則に従い、裁判資料の提出について当事者の手続保障を

図る趣旨から、口頭弁論は必要的であることになる。

しかし、本判決は、この点を考慮した場合でも、上告審において原判決を破棄する場合にも実質的に当事者の利益を損なうおそれなければ、口頭弁論を経ずに判決をすることができるといふ考えを示したものと解される。確かに、本件においては、手続を保障されるべき当事者は既に死亡しており、その権利も一身専属的なものであることは明らかなため、当該判決による結論は妥当であろう。本件を含めて、上告審における必要的口頭弁論の例外を認める一連の判例からは、審理手続の促進を目的に上記原則の例外を拡張的解釈のもとで、ある程度認めていこうとする考え方が見受けられる。しかし、審理の促進やそれによる訴訟経済が重視されるあまり、当事者の意見陳述の機会が損なわれることはあつてはならず、必要的口頭弁論の例外については慎重に判断する必要がある。

そのため、訴訟経済や当事者の利益を損なうおそれがないことを理由に、上告審において口頭弁論を経ずに原判決を破棄することを一定程度認めるとしても、いかなる場合に、それが許されるのかについて検討する必要がある。以下では、この点について、一連の判例をもとに検討することとする。

三 判例・学説

本判決以前で、上告審において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最高裁の判断が示されたのは、最判平一四・一二・一七（裁集民二〇八号五八一頁、判時一八一二号七六頁）（以下、平成一四年判決とする）である。⁵⁾この事例は、上告審が訴えを却下することを前提として原判決を破棄する場合にも、口頭弁論を要しないとして、必要的口頭弁論の原則の解釈による例外を初めて認める判断を示したものである。これは、土地の売買契約を詐害行為として取り消されたことから、原告が原審において、主位的請求である処分の取消しに加えて、そのうちの一部の年度に係る取消事由をあらたに予備的請求として主張した事例である。最高裁は、民法法一四二条の重複訴訟に当たるとして、予備的請求に係る部分是不適法な訴えとして却下すべきところ、原審がこれを棄却する本審判決をしたことから、破棄すべきとし、この原判決を破棄するにあたって一四〇条の趣旨に照らして、「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ことができると解するのが相当である」と明示している。

この平成一四年判決については、予備的請求の適法性に

ついでの不備を補正できないことが明らかであり、口頭弁論を開いて両当事者の陳述を判断すべき実質的な必要性もないとして、結論に賛成する見解も示されていた。⁶⁾しかし、他方で、実際上は訴訟当事者にとつて不利益がないことを予測して問題に対処していくことは危険であるとして、このような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り、解釈による必要的口頭弁論の例外を否定する見解もある。⁷⁾この事案は、口頭弁論を開かれなかったことが、實際上、当事者の利益を損なうような事例とは言えず、また、最高裁もこの点を重視したと解しうる点で本件と共通するといえることができる。

本件最高裁判決は、この平成一四年判決に続いて、上告審において必要的口頭弁論の原則の例外を認めたものであるが、原判決を破棄する場合の口頭弁論の要否について、上記判決と同様の考え方がなされたものと解される。すなわち、口頭弁論は、裁判資料の提出について当事者に手続保障を与える趣旨で判決にあたつて必要とされているが、口頭弁論を経なかったとしても当事者の利益が損なわれるおそれがないと考えられる場合には、訴訟経済ないし上告審における審理の促進という観点から、口頭弁論を経ないで判決をすることが認められるということである。ただし、

本件では、平成一四年判決で示された訴え却下の場合に加えて、三一九条および一四〇条の規定の趣旨を根拠に、上記原則の解釈によるあらたな例外を認めており、その範囲は広げられつつあるといえることができる。

さらに、本判決以降も、同様に三一九条および一四〇条の規定の趣旨を根拠として、口頭弁論を経ないで原判決の破棄を行うことができるとする最高裁の判断が三件ある。

まず、最判平成一九年一月一六日（判時一九五九号二九頁）は、判決の基礎となる口頭弁論に関与していない裁判官が判決を行った裁判官として署名押印していることを理由に上告裁判所が原判決を破棄するにあたって口頭弁論を経ないでできることとした。⁽⁸⁾

また、最判平成一九年三月二七日（民集六一巻二七号七一頁、判時一九六七号九一頁、判タ一二三八号一八七頁）は、いわゆる光華寮事件であるが、「訴訟手続の中断は、中断事由の存在によつて法律上当然に生ずるものであり、代表権の有無のような職権探知事項については、裁判所が職権探知によつて中断事由の存否を確認することができるのであるから、民訴法三一九条及び一四〇条の規定の趣旨に照らし、上告審において職権探知事項に当たる中断事由が存在することを確認して原判決を破棄するについては、

必ずしも口頭弁論を経る必要はない」との理由を示して、代表権の有無といった職権探知事項については、裁判所が職権探知によつてその存否を確認することができるのであるから、中断事由の存在を確認して原判決を破棄する場合にも必ずしも口頭弁論を経る必要はないという判断を示した。⁽⁹⁾

さらに、最判平成一九年五月二九日（裁時一四三六号一頁、判時一九七八号七頁、判タ一二四八号一一七頁）は、横田飛行場における夜間の航空機の飛行差止め及び損害賠償が争われた事案で、原審の口頭弁論終結の日の翌日以降に生ずべき損害の賠償請求部分について、原審の口頭弁論終結時について認められる損害賠償請求権と同内容の損害賠償請求権を認めるべきとした原審を一部破棄するにあつて、平成一四年判決を引用したうえで「将来生ずべき損害の賠償請求に係る部分は、上記のとおり不適法でその不備を補正することができないものであるから、口頭弁論を経ないで判決をすることとする」とした。

このように、立て続けに示された最高裁判例からは、上告審において原判決を破棄する場合においても、一定の場合には口頭弁論を経ることなく判決を行いうるということが判例理論となりつつあるということが見てとれる。この

ような一連の判決に対して学説は、前述の①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と、②職権調査事項であることと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¹⁰⁾、および③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¹¹⁾に分類することができる。

①の学説は、仮に形式的にすぎることが生じたとしても、当事者の手続保障を重視して、上告理由があると認められる場合には必ず口頭弁論を開くべきであるとする。しかし、②や③の学説においても、当事者に対して手続の保障が図られるべきことは共通しており、本件のように当事者が死亡しており、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、①の立場には賛成できない。

①の学説が口頭弁論を開くことが形式的であることを認めている以上、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だからである。この点、本件は、当事者の死亡の事実と、それによる権利喪失が明らかであり、当事者の手続保障が問題となることはないだろう。したがって、平成一四年判決や本件のように、口頭弁論の機会を保障しなくとも、当事者の利益が損なわれるおそれのないことが明らかである場合には、原判決を破棄するにあたって口頭弁論を要しないことは妥当であると解される。

ただし、これら一連の判決は職権調査事項に関する事例であるため、口頭弁論を経なくても許されるのは職権調査事項に限られるのか、という点が次に問題となる。特に、本件判決以後の二つの判決では、本件と同様に三一九条及び一四〇条の規定の趣旨を根拠としているものの、上告審において原判決を破棄して審理を差し戻す場合にも口頭弁論を経ずに判決をすることができるとしており、本件判決からさらに拡張的な解釈がなされていると解される。このような拡張的解釈の背景にどのような考え方があるかは、「三一九条及び一四〇条の規定の趣旨に照らして」という判決理由中の文言をどのように読むかによるものと思われる¹²⁾。口頭弁論の要否の判断に当たり、両規定の趣旨を根拠

とした本件判決およびその後の二つの判決からは、審理の促進あるいは訴訟経済という両規定の趣旨に照らしてこれに合致し、かつ口頭弁論を経なかつたとしても当事者の利益が害されることがない場合に口頭弁論を開かなくともよいとの判断が導かれているものと捉えることができる。そして、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。¹⁴⁾

この点について、本件判決後に示された平成一九年三月二七日判決では、職権調査事項にあたる代表権の有無を裁判所が確認して原判決を破棄する場合には、口頭弁論を経る必要がないとの判断を明示している。確かに、上告審で原判決を破棄し、事件を原審に差し戻す場合に口頭弁論を経ないことを認めるにあたり、職権調査事項であることを要件とする考え方がありうる。¹⁵⁾しかし、職権調査事項であり、職権探知主義が妥当する事項について裁判所が客観的に判断可能であるとしても、当事者に意見陳述の機会を与えるべき場合があるのではないだろうか。また、上告理由において当事者が主張していない破棄事由について職権で認容して差し戻すことは、裁判所のこの判断について、当

事者には争う機会が残されていないため、不意打ちになるおそれがある。

加えて、職権調査事項に該当する事由であっても、その判断が微妙な場合が考えられるうえ、「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」¹⁶⁾点をかんがみても、原判決を変更することの必要性や合理性について当事者に陳述の機会を設けるべきであろう。したがって、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。以上のことから、学説②の職権調査事項であることが口頭弁論を経ない原判決破棄を認めるひとつのメルクマールとする考え方は不十分であるということになる。

では、③説が主張するように、原判決を破棄して審理を差し戻す場合においても口頭弁論を開かずに判決をするところが許されるのが問題となる。この立場は、破棄の場合に口頭弁論が必要であるというこの意義について、「現行法では職権による特別破棄が認められた結果、手続保障上、その場合の不意打ち的判決を防止するための役割が重視されるようになった」との理解を前提としている。そして、差戻審でも更新権が認められる結果、破棄理由の点

のみに再審理が限定されるという法的保障が必ずしもないことから、原判決内容の変更が生じうる可能性がある以上、口頭弁論を開くべきであるとしている¹⁷⁾。

上告審における口頭弁論の意義については、従前、十分な議論がなされてこなかったところである。このことについての記述は、前述のとおり、あまり多く見られないが、「原判決破棄という裁判の重要性を考慮して、口頭主義によつて当事者に対する手続保障を図る趣旨」であるとの見解がある¹⁸⁾。このように、上告審における口頭弁論の意義を、原判決の内容が変更されることの重要性にかんがみて、当事者に手続保障を図るものであると解すれば、三一九条および一四〇条によつて口頭弁論が開かれないことが正当化されうるのは、原判決を維持・確定する場合ということになる。したがって、差戻審において原判決内容に変更がある可能性を否定できない以上、この場合にまで口頭弁論を経ないで判決を行うことを認めるべきではないということになろう。

他方で、勅使川原和彦教授は、「實際上、当事者本人にとつては、上告審での口頭弁論における陳述は、訴訟法上の意味はなくとも、ある種のカタルシス機能を果たす」として、このことをどのように評価するかによつて、必要的

口頭弁論の例外をどのような場合に認めるかが異なると指摘している¹⁹⁾。実際、解釈による例外をまったく認めるべきでないとする学説は、「たとえ形式的であつても」口頭弁論を開くべきであると主張しており、その根拠として、当事者にできる限り意見陳述の機会を与えるべきとする考え方が示されている。上記の指摘に基づけば、必要的口頭弁論の原則の解釈による例外をどのように捉えるかは、当事者の手続保障と訴訟経済、あるいは上告審に内在する書面主義的性質と口頭弁論の性質の間でどのようにバランスをとるかという問題であるということもできよう。

ただし、③説の立場に立つて、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、平成一九年一月一六日判決のように、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る。そうであるとするれば、審理を差し戻す場合には、すべて口頭弁論を開くべきとするのは、かえつて当事者の負担となるおそれや審理の促進という点から適切ではない。したがって、原判決を破棄して審理を差し戻す場合には、原則として口頭弁論を開くことを要するが、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。上記のように、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とすることも、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。²⁰⁾

四 おわりに

一連の判決からは、必要的口頭弁論の例外を一定程度認めていくという判例の方向性は、今後も続くことが予想される。この際、あえて口頭弁論の場で、当事者に意見陳述の機会を与える必要の低い場合にまで、口頭弁論を経ずに原判決が破棄されることを全面的に否定することが妥当ではないことは、前述のとおりである。また、例えば、本件と同様に訴訟の終了を判決で宣言する事案であったとしても、当事者間でそのことについて争われているような場合には、当然、口頭弁論を開くべきであり、訴訟終了宣言であることもって一律に口頭弁論を経ないことも許すべきではない。したがって、口頭弁論の要否を検討する場合、必要的口頭弁論の原則の例外を解釈により認める場合には、あくまで慎重であるべきである。²¹⁾その上で、三一九条と一四〇条の趣旨および訴訟の迅速化・効率化の要請を満たす

ためには、①当該事項が職権調査事項であること、かつ②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）が口頭弁論を経ないで原判決を破棄しうる要件とされるべきである。したがって、本判決以後の事例で、平成一九年三月二七日判決は口頭弁論を開くべき事例であったと解される。

(1) 賀集唱『松本博之』加藤新太郎『基本法コンメンタール(第三版)』民事訴訟法三(日本評論社、二〇〇八年)八二頁(田中豊)。

(2) 宇野聡「判批」私法判例リマックス二八号(上)(二〇〇四年)一三一頁は、「三一九条の例外から原則に戻るという以上に積極的な理由づけはなされてこなかった」としている。

(3) 同様に当事者の死亡により訴訟終了宣言が判決により行われた事案として、例えば最二小平成八年五月三一日民集五〇巻六号一三六〇頁がある。

(4) 賀集唱『松本博之』加藤新太郎『基本法コンメンタール民事訴訟法二(第三版)』(畑郁夫)。

(5) 宇野・前掲注(2)一三〇頁、川嶋四郎「判批」法学セ

ミナー五九四号(二〇〇四年)一一八頁のほか、本判決について触れたものとして、波多野雅子「上告審における口頭弁論の意義」松山大学論集一七巻四号(二〇〇五年)六七頁。

(6) 宇野・前掲注(2)一三〇頁、川嶋・前掲注(5)一一八頁。

(7) 波多野・前掲注(5)九七頁は、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。また、坂原正夫「判批」法学研究八〇巻七号(二〇〇七年)一六八頁も同様に、上告審における口頭弁論を原則に戻って開くべきとした上で、訴訟経済等の観点は、この口頭弁論を迅速に行うこと等で実現するべきだと主張する。

(8) 加波眞一「判批」民商法雑誌一三六巻六号(二〇〇七年)八四頁、勅使川原和彦「判批」私法判例リマックス三六号(上)(二〇〇八年)一三〇頁、和田吉弘「判批」法学セミナー六三一号(二〇〇七年)一一一頁。

(9) 岡田幸宏「判批」TKCローイブラリ速報判例解説・民事訴訟法九号一頁。

(10) 坂原・前掲注(7)二六八頁、波多野・前掲注(5)六七頁。また、堤龍弥「口頭弁論を経ない訴え却下」中野貞一郎先生古稀『判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣、一九九五年)一三八頁は、一四〇条によって、口頭弁論を開く

ことなく訴え却下することの判断を裁判官の裁量に委ねることの妥当性について、判例の検討を通して、訴訟要件等の欠缺およびその補正不可能性に関する裁判所の判断が口頭弁論を開くまでもなく、それが明白かどうかについて客観的かつ合理的な基準は存在しないといわざるを得ないとしている。そして、そうである以上、迅速・経済の要請よりも、問題となる当事者：の手續保障を(少なくとも審尋を必要とするなどの方法をもって)一般的に優先させるべきものと考えざるを得ないとする。

(11) 笠井正俊「判批」浦部法穂ほか、速報判例解説一(二〇〇七年)一五七頁。

(12) 加波・前掲注(8)八四頁。

(13) 岡田幸宏「判批」民商法雑誌一三六巻三号(二〇〇七年)六二頁は、本件判決理由が口頭弁論を不要と判断する根拠として、三一九条に加えて一四〇条の規定の趣旨にも言及していることについて、三一九条は上告申立てへの応答としての裁判だけを対象としており、職権による判断はその対象ではないと読むことも可能ではあるものの、一四〇条にも言及し、両規定の趣旨を根拠としていることから、最高裁は、職権による破棄事由には限定していないと捉えるべきであるとしている。

(14) この他に、三一九条は上告審の性質から書面審理によって結論に至ることができる場合に、訴訟経済あるいは上告審の負担軽減の観点により口頭弁論を経ないことを認

める趣旨であり、一四〇条は不適法な訴えについての不備が補正できない場合に口頭弁論を開いても無意味であるため、これを経ないことを認める趣旨であると捉えることもできようか。このように捉えた場合、口頭弁論を開かずに関判決をすることが許されるのは、三一九条により書面審理によつて結論に至ることができるために口頭弁論を開く必要が乏しく、かつ仮に当該事項が職権調査・職権探知事項であつたとしても、補正される可能性がない場合ということになる。

(15) 笠井・前掲注(11)一五七頁は、上告審で破棄差し戻しのために口頭弁論を経ないことを正当化するには、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もっていることが必要であるとする。

(16) 新堂幸司『新民事訴訟法(第三版補正版)』(弘文堂、二〇〇五年)八二九頁。

(17) 加波・前掲注(8)八七頁は、「少なくとも(旧)第二審の口頭弁論終結後に生じた新事実(事由)の主張が認められれば、原判決内容の変更も生じうるのであり、そのような可能性が認められる以上」、原判決を破棄して差し戻す場合には口頭弁論を開いて当事者の意見を陳述する機会を設けるべきであるとする。

(18) 伊藤眞『民事訴訟法(第三版再訂版)』(有斐閣、二〇〇

〇五年)六七三頁。

(19) 勅使川原・前掲注(8)一三三頁。

(20) 堤・前掲注(10)一三八頁は、審尋を必要とすべきであるとす。

(21) 和田吉弘「判批」法学セミナー六二七号(二〇〇七年)一一九頁は、訴訟の終了自体が第一審から上告審まで当事者間で争われた事例として最判昭和四五年七月一五日(民集二四卷七号八〇四頁)を挙げ、判断が微妙な場合には口頭弁論を開くべきであり、本件も、口頭弁論を経るべき場合があることは否定しない趣旨と解されると述べている。

(22) 宇野・前掲注(2)一三〇頁のほか、岡田・前掲注(13)六二頁、川嶋・前掲注(5)一一八頁、勅使川原・前掲注(8)一三〇頁、および和田吉弘・前掲注(8)一一二頁など、必要的口頭弁論の例外を認めるとしても、その判断には「慎重」を期すべきであるとの見解は多く示されている。