

論 説

## 請求の客観的予備的併合と上訴

岡庭 幹司

### 第1 序論

請求が客観的予備的に併合されている訴訟において、主位的請求を棄却し、予備的請求を認容する判決がなされ、これに対して、被告のみが上訴し、原告が上訴も附帯上訴もしなかったとき、主位的請求は上訴審における審判対象となるか。

上訴不可分の原則により、被告の上訴さえあれば移審効及び確定遮断効は事件全体について生ずるが、上訴審における審理並びに原判決の取消し及び変更は不服申立ての限度においてのみすることができる（民事訴訟法 296 条・304 条・313 条・320 条）から、移審したからといって直ちに主位的請求が上訴審の審判対象となるものではない。そうすると、主位的請求が上訴審における審判対象となるためには原告の不服申立て（上訴又は附帯上訴）を必要とするという見解（以下「上訴必要説」という。）が法文には素直な解釈であろう。

しかしながら、両立しない関係にある数個の請求が併合されている予備的併合の場合には、一の請求を否定する事由が同時に他の請求を基礎付ける主要な事由となりうるから、もしも上訴必要説を形式的に貫くと、本来主位的請求が認容されるべき事案において、主位的請求については不服申立てを欠くとして請求棄却の原判決が維持され、予備的請求については理由がないとして原判決

を取り消して請求が棄却され、結局、実質的に矛盾する理由で双方の請求が排斥されてしまうという不合理な結果となりかねない<sup>1)</sup>。このため、原告の不服申立てがなくても主位的請求が上訴審における審判対象となることを認める見解（以下「上訴不要説」という。）が有力に主張されている。

この問題については、石渡哲教授による詳細な研究<sup>2)</sup>がある。筆者もかつてこの問題について検討する機会を得た<sup>3)</sup>が、紙幅の都合により、石渡教授の指摘された問題点について必ずしも言及することのできない部分が残ったので、本稿はそれを補おうとするものである。前稿との重複が生ずることにつき、御宥恕を得たい。また、本稿は上記の問題に焦点を当てるため、訴訟物論には立ち入らず、旧訴訟物理論を前提として検討することとしたい。

## 第2 最高裁判例の状況

本稿の検討対象とする問題については、以下の最高裁判例がある。

### 1 最判昭和54年3月16日民集33巻2号270頁<sup>4)</sup>（以下「昭和54年判例」という。）

事案の概要は次のとおりである。

貿易業者である訴外A株式会社は、Y銀行に対し、輸出荷為替手形の取立て及び取立金のB銀行X名義口座への振込みを委任し、Yはこれを承諾した。Yの承諾文言の記載された輸出円貨代金振込依頼書の呈示を受けて、確実に代金の支払を受けることができると信じたXは、その製品（楽器類）を30万1000円でAに売り、引き渡した。ところが、その後Aは銀行取引停止処分を受けて事実上倒産した。Yは、上記手形を取り立てたが、Aに対する貸付金債権を自働債権として相殺したとして、取立金をX名義口座に振り込まなかった。そのため、XがYに対して30万1000円の支払を請求したのが本件である。

第一審において、Xは、A Y間の上記契約は第三者のためにする契約であっ

て、Xが受益の意思表示をしたとして、これに基づいて30万1000円の支払を請求したところ、第一審判決はこの請求を認容した。Y控訴。控訴審において、Xは、上記第三者のためにする契約に基づく請求を主位的請求とし、これに加え、予備的に、債権者代位権に基づく請求を追加した。すなわち、仮にA Y間の契約が第三者のためにする契約とは認められないとしても、Aが無資力であるので、Aに代位して、A Y間の振込委任契約を解除した上で、取立金のうち30万1000円の支払を求める、との予備的請求を追加した。控訴審判決は、A Y間の契約中には明示的にも黙示的にも第三者のためにする約旨は含まれていないとして第一審判決を取り消して主位的請求を棄却する一方で、予備的請求については理由があるものとして、これを認容した。なお、YのAに対する貸付金債権を自働債権とする相殺の抗弁については、権利の濫用であると主張するXの再抗弁が採用されたものである。

これに対してYのみが上告した。Xは上告も附帶上告もしなかった。

最高裁（法廷意見）は、債権者代位訴訟の性質からして「第三債務者である被告の提出した債務者に対する債権を自働債権とする相殺の抗弁に対し、代位債権者たる原告の提出することのできる再抗弁は、債務者自身が主張することのできる再抗弁事由に限定されるべきであって、債務者と関係のない、原告の独自の事情に基づく抗弁を提出することはできない」と判示し、主文において、「原判決中予備的請求を認容した部分を破棄する。右部分につき本件を東京高等裁判所に差し戻す。」（圏点引用者）との判決をした。

すなわち、法廷意見によって破棄差戻しの対象とされたのは原判決中の予備的請求を認容した部分に限定されており、主位的請求に関する部分は含まれていない。

この点につき、大塚喜一郎裁判官は、A Y間の契約を第三者のためにする契約と解すべきとの立場から、原判決の全部を破棄し、本件を東京高等裁判所に差し戻すべきであるとして、次のとおり、反対意見を述べた。すなわち、「本件契約を第三者のためにする契約と解する帰結として、原審がXの主位的請求

を排斥し予備的請求を認容したことは、法令の解釈適用を誤ったものというべきものであるところ、Xは、当審において、原審で請求を棄却された主位的請求については不服申立をしていないから、当審がこの請求部分について調査判断することができるかどうかについては、検討すべき問題がある。吉田裁判官らの補足意見は、〔旧〕民訴法402条、405条〔現行民事訴訟法320条、322条〕を厳格に解釈する立場から、消極に解すべきものとされているが、私は、これを積極に解すべき合理的理由がある場合には、特段の事由あるものとして例外を認めるべきであると解する。本件の場合、Xが主位的請求にかんして上告または附帯上告をしなかったのは、〔中略〕原審がXの主位的請求を排斥し予備的請求を認容したためであって、Xは、原審の右判断が正当であると考えたか、または結論において不服を申立てる必要がないと考えたものである、と解するほかはない。すなわち、Xが右の不服申立をしなかったのは、前掲私見を前提とすれば、原審が法令の解釈適用を誤ったためであるということが出来るから、このような場合、当審が、特段の事由あるものとして、Xが一審、原審を通じて主張してきた主位的請求部分を調査判断の対象とすることは、私的紛争の合理的解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして是認すべきである（類似の取扱いをした先例として当裁判所昭和37年（オ）第550号同41年12月15日第一小法廷判決・民集20巻10号2089頁参照）。という。

これに対して、大塚裁判官以外の裁判官は、一致して、次のように補足意見を述べた。「大塚裁判官の反対意見は〔旧〕民事訴訟法402条、403条〔現行民事訴訟法320条、321条1項〕に違反する。すなわち、Xの主位的請求については、原審は、『本件振込契約（甲第一号証による輸出円貨代金振込依頼契約）に第三者のためにする約旨が存在することについてはこれを認めるに足りる確証がない』とし、第三者のためにする契約の成立を否定して、右請求を棄却する判決をし、これに対しXは不服の申立をしなかったのであるから、当裁判所は、原判決が確定した事実を羈束されるばかりでなく、不服申立のない右請求については調査、判断することが許されない（本件においては〔旧〕民事訴訟

法 405 条〔現行民事訴訟法 322 条〕の職権調査事項は存しない。）。このことは、民事訴訟法が明らかに規定するところであり、これを許すときは、不服のない訴訟当事者の一方の利益のためにその相手方である訴訟当事者に不測の不利益を被らせるものであって、いわゆる不利益変更禁止の原則に触れるばかりでなく、かえって、私的紛争の公平な解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして相当でないといわなければならない。右の理は、X が主位的請求について上告又は附带上告をしなかったのは、大塚裁判官が推測されるように、X が原審の判断を正当であると考えたためか、又はこれについて不服申立をする必要がないと考えたためか、どうかによって左右されない。〔原文改行〕大塚裁判官は、その反対意見の帰結として、原判決については X の主位的請求を棄却した部分及び予備的請求を認容した部分の全部を破棄し、本件を原審に差し戻すべきものとされるが、X の主位的請求については、原審が請求棄却の判決をし、これに対し X は上告又は附带上告の申立をしなかったのであるから、当裁判所が本件上告手続において右判決を変更することができず、したがって、原判決の主位的請求を棄却した部分を破棄することは許されないのである。」と。

要するに、最高裁は、法廷意見の理由中で明示的に述べたわけではないものの、上訴必要説を採用し、主位的請求については X から上告も附带上告もなされていない以上審判することが許されないとの立場から、あえて破棄差戻しの範囲を予備的請求に係る部分に限定したものである。

## 2 最判昭和 57 年 12 月 16 日（最高裁昭和 54 年（才）261 号）<sup>5)</sup>

判例集に登載されていないため、事案は必ずしも明らかでないが、概要、次のようである。X は、Y に対し、主位的請求として、A の Y に対する商品売買代金債権を X が譲り受けたとしてその支払を求め、予備的請求として、X 自身が当該商品を Y に売ったとしてその売買代金の支払を求めた。第一審は X の請求を認容した（主位的請求を棄却し、予備的請求を認容する趣旨のようである。）。これに対し、Y が控訴したが、X は控訴も附帯控訴もしなかった。控訴

審は、YのAに対する債権を自働債権とする相殺の抗弁を容れ、第一審判決を取り消してXの請求を棄却した。X上告。

最高裁は、「職権をもって検討するに、本件記録によれば、第一審において、XはYに対し、主位的請求として、Xが訴外A会社から、右訴外会社がYに対し本件商品を売り渡して取得した売買代金債権の譲渡を受けたとして、右売買代金とこれについての遅延損害金の支払を求め、予備的請求として、XがYに対し本件商品を売り渡したとして、その代金とこれについての遅延損害金の支払を求めているところ、第一審裁判所は、主位的請求を全部棄却し（但し、判決主文にこれを掲記していない。）、予備的請求を全部認容する旨の判決をし、これに対し、Yが控訴の申立をしたが、Xは控訴及び附帯控訴の申立をしなかったことが認められる。そうすると、原審における審判の対象は、Yの控訴の当否、したがって予備的請求の当否のみであるところ、原判決は、右の点について全く触れることなく、専ら主位的請求に関し、Yが訴外会社に対して有する債権を自働債権とするXの譲受債権との相殺の抗弁を容れるべきであるから、右請求は理由がないことになる旨を判示したのみで、第一審判決を全部取り消したうえ、Xの請求を棄却しているのである。即ち原判決は、原審において審判の対象となっていない請求の当否について判示しただけで、審判対象であるYの控訴の当否、したがって予備的請求の当否について全く判示することなく、Yの控訴を容れ予備的請求を認容した第一審判決を取り消し、右請求を棄却したものとみるほかはないのであり、そうすると、原判決は審判すべき対象を誤った結果、理由不備の違法に陥ったものといわざるをえない。」と判示して、原判決を職権で破棄した。

ここでも最高裁は、Xが控訴も附帯控訴もしていない以上、控訴審における審判の対象は予備的請求の当否のみであるとしており、上訴必要説に立っているとみてよからう。<sup>6)</sup>

### 3 最判昭和58年3月22日判時1074号55頁<sup>7)</sup> (以下「昭和58年判例」という。)

事実の概要は次のとおりである。訴外Aの婚約者たるXは、将来の婚姻費用に充てる趣旨で、現預金合計400万円をAに預託した。Aの母Yは、かねてよりスナック店を所有・経営していたところ、将来は同店の経営をAに譲るつもりである旨を述べていた。Xは、Aとの婚姻後に夫婦で同店を経営できるものと考え、Yに店舗改装を勧めた。これを受けてYは店舗改装工事を行ったが、請負業者との交渉はすべてAに任せ、請負工事代金211万円はAが上記預託金の中から支払った。しかし、その後Yは経営委譲を渋るようになり、XとAが婚姻した後も経営を譲らなかった<sup>8)</sup>。そこで、XはYに対して211万円の支払を求める訴えを提起した。Xの請求は、主位的請求として、(1) AはXの無権代理人としてYに211万円を貸し付けたか又はYからの立替払の委託を受けて請負業者に211万円を支払ったところ、XはAの無権代理行為を追認したので、消費貸借契約又は立替契約に基づきYに211万円の支払を求める、予備的請求として、(2) 仮にAがXの代理人ではなく本人としてYとの間で消費貸借契約又は立替契約を締結したものとすれば、Xは不法行為に基づきAに対して211万円の損害賠償請求権を有するところ、Aが無資力であるので、XはAに代位してAのYに対する貸金又は立替金の支払を求める、(3) 仮に (1) (2) いずれの請求も認められないならば、法律上の原因がないのにXの上記預託金の損失によりYは請負代金債務を免れたことになるから、不当利得に基づき211万円の返還を求める、というものであり、請求の趣旨は同一である。

第一審判決は、(1) 及び (2) の請求を証拠上認められないとしていずれも棄却したが、(3) の請求を認容した。これに対し、Yのみが控訴し、Xは控訴も附帯控訴もしなかった。控訴審判決は、(1) 及び (2) の請求については「Xが控訴ないし附帯控訴の申立をしていないので、右部分に関する当事者の主張の当否は、当審における審判の対象になっていない。」と述べて、(3) の請求についてののみ判断し、AはXから預託金の支出につき一任されており、店舗改



装工事の費用もAが預託金の中から支出することをXは予め黙示的に承諾していたものと認めて、不当利得の成立を否定し、第一審判決中Y敗訴部分を取り消して、Xの上記（3）の請求を棄却した。X上告。上告理由として、第一審判決は211万円の請求に対して211万円を認容しているからXに控訴の利益はなく、控訴できなかったのであるから、控訴又は附帯控訴がなくても主位的請求を控訴審の審判対象とすべきである、仮に附帯控訴の手続が必要であるとしても、Xは控訴審においても（1）及び（2）の請求に係る請求原因事実の主張を維持していたのであるから、附帯控訴が必要である旨を釈明すべきであったのにこれを怠った釈明義務違反の違法があるという。

最高裁は、次のとおり判示して、上告を棄却した。

「主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の当否は控訴審の審判の対象となるものではないと解するのが相当である〔中略〕記録にあらわれた本件訴訟の経過に徴すれば、原審が所論の点について釈明権を行使しなかったとしても審理不尽等所論の違法があるとは認められない。」

以上のとおり、本判決においても、最高裁は上訴必要説に立つことを確認した。

#### 4 最判昭和23年10月12日民集2巻11号365頁について

（1）石渡教授<sup>9)</sup>は、結果において上訴不要説にしたがったのと同様の処理をした判例として、最判昭和23年10月12日民集2巻11号365頁を挙げておられるので、これについて検討しておこう。

Aの破産管財人たるXがYに対して不動産の抹消登記手続を請求した事案である。Xは、その理由として、（一）Aは財産隠匿目的で本件不動産につき売買を仮装してYに所有権移転登記をした、（二）仮に上記売買が仮装でなくとも、否認する、と主張した。第一審は、上記（二）の主張を容れて、Xの



請求を認容した。これに対して、Yが控訴した。控訴審は、上記（一）の主張を容れて、第一審判決を結局正当であるとして、控訴を棄却した。Y上告。控訴審判決にはXからの控訴も附帯控訴もないのに第一審判決をYに不利益に変更した違法があるという。

最高裁は、次のように判示して、上告を棄却した。「Xは（一）においては本件不動産の所有権が終始訴外Aに帰属していたことを主張し（二）においては仮りに然らずとしてもXの否認権の行使によって否認の効力が発生して本件不動産の所有権は当然訴外Aに復帰したのであって、いずれにしても本件不動産が訴外Aの所有に属することを主張してその所有権に基く物上請求権を本訴の訴訟物として登記の抹消という一個の請求をしたものであり、前記（一）（二）の主張は右の物上請求権を理由あらしめこれを維持するための攻撃方法として提出したものに外ならず、所論のごとく売買の効力に関する請求と否認権の行使に関する請求との本来別個の二個の請求を予備的に併合したものではない。つまり攻撃方法が二個あっただけで訴が二個あったのではない。其故第一審においても（一）の主張に対しては理由中で判断をただけで請求棄却の裁判をして居らず、従ってXは控訴など出来なかったものである。されば、前記（二）の主張を是認してX主張の物上請求権に因る本訴請求を認容した第一審判決を不服としてYが提起した控訴において、原審が前記（一）の主張を是認してXの本訴請求を認容してYの控訴を棄却したからとて、原審はYが控訴審において抗争したX主張の前記物上請求権の有無について審判したことに变りはないのであるから、所論のように不服申立の限度を超えて第一審判決をYの不利益に変更したものと言うことはできない。」

この判決に対して、石渡教授は、「売買の無効に基づく登記の抹消請求と否認権行使との請求併合の事案であった。」<sup>10)</sup>「たとえ新訴訟物理論によっても請求の併合とみるべきであるにもかかわらず、判旨は請求を一個であるとみている。」<sup>11)</sup>「その点で判旨は誤解に基づいていると言わざるを得ない。」<sup>12)</sup>と批判される。

(2) しかしながら、本件は、原告が抹消登記手続のみを請求しており、否認の登記手続を請求してはいなかった事案である。

確かに、最判昭和49年6月27日民集28巻5号641頁によっていわゆる特殊登記説が確立している現代理論<sup>13)</sup>からみれば、請求の立て方が適切でなかったと評すべきである。しかしながら、大判昭和17年7月31日法律新聞4791号5頁は、否認の登記は抹消登記などの通常の各種の登記の総称にすぎないとする、いわゆる各種登記説を採用していたのであって、その当時の状況<sup>14)</sup>に照らせば、抹消登記手続のみを請求した原告を非難することはできまい。

もし仮に、AがYに譲渡した物が登記・登録を要しない動産であったらとしたら、どうなるであろうか。否認権は、詐害行為取消権と異なって必ずしも訴えの方法による行使に限定されていないため、実体法上の形成権と解されており、否認訴訟の訴訟物是否認の効果として生じる権利関係であるというのが一般的な理解であろう<sup>15)</sup>。これを前提とすると、XはYに対して所有権に基づいて動産の引渡しを請求し、まず、請求原因として、当該動産をAがもと所有していたこと及びYが占有していることを主張する。これに対して、Yは、A・Y間の売買による所有権喪失の抗弁を提出する。これに対して、Xが、(一) A・Y間の売買は通謀虚偽表示であって無効である、(二) 仮に真実の売買であったとしても否認する、との再抗弁を提出する。以上のような攻防が展開されよう。すなわち、訴訟物としては所有権に基づく返還請求権1個であって、攻撃方法が複数主張されているにすぎない。このように考えると、現代理論の立場からしても、対象が動産であってその引渡しを請求する場合には、請求は単一であって併合関係にはないと見る事が可能である。

昭和23年判例の事案に戻ってみると、原告があくまでも抹消登記手続を請求していて否認の登記手続を請求していない以上、訴訟物は1個であって、その攻撃方法として(一) 通謀虚偽表示と(二) 否認権の行使の2つを主張したにすぎない。もちろん、現代理論から見れば、上記(二)は主張自体失当であろう。とはいえ、処分権主義の下、審判対象の設定は当事者の役割であって、

裁判所ではない。原告が訴訟物を1個として審判対象を設定しており、そのことが当時の理論状況に照らして明らかに誤りであるとまでは言うことができず、しかも、裁判所は結局のところ（一）の通謀虚偽表示の主張を採用して抹消登記手続請求を認容すべきものとした以上、釈明権を行使して否認の登記手続請求への訴えの変更を促すことなく、原告の意思にそのまま従って訴訟物を1個として扱ったことは、やむを得ないのではなからうか。

要するに、この判例の事案は、単一請求であって、併合請求ではない<sup>16)</sup>。石渡教授が「請求は一個であるとみる判旨の立場からすれば、主位的請求が控訴審で審判の対象になるかということは、そもそも問題にならなかったであろう。」<sup>17)</sup>と指摘されているとおり、上訴必要説と上訴不要説の対立という問題にとっては無関係の判例とみてよいのではなからうか。

## 5 小括

以上のとおり、最高裁<sup>18)</sup>は上訴必要説に立っている。なお、最近の最高裁判例<sup>19)</sup>は、特に先例を引用することなく、原判決中被上告人の主位的請求を棄却すべきものとした部分については被上告人が不服申立てをしていないから上告審の審理判断の対象とはなっていない旨を述べて、予備的請求についてのみ審理判断している。

## 第3 上訴不要説とその批判的検討

前項で検討したとおり、判例においては上訴必要説が確立されているものとみられる。これに対して、学説上は、上訴不要説<sup>20)</sup>が、現在もなお<sup>21)</sup>有力に主張されているので、この見解について検討しよう。

### 1 小室直人教授の見解について

(1) 昭和54年判例が出るよりも前から上訴不要説を主張されていた小室直人

教授によれば、予備的請求の併合訴訟の特殊性から、原判決は1個の全部判決であり、不服申立ても全部に及んでいると解することができ、上訴審は全部にわたって調査・判断することができるとする<sup>22)</sup>。

(2) しかし、この見解は、上訴不要説に立つ論者からも、必ずしも支持を得ていない。原判決中の自己の敗訴部分すなわち予備的請求認容部分に対して申し立てられている被告の上訴が、訴訟物を異にし、しかも自己の勝訴部分である主位的請求棄却部分にまで及ぶというのは不自然な擬制だからである<sup>23)</sup>。

## 2 新堂幸司教授の見解について

(1) 新堂教授は、上訴審の審判を受けたいとするいわば実質的な不服の意思が当事者にありながら、その手続の進行上その意思が形式的な不服申立てという形で表明されにくい場合があり<sup>24)</sup>、その場合には、上訴又は附帯上訴（以下「上訴等」という。）の形式をとった不服の申立てがなくても、上訴審の審判の対象になると解すべきであるとし、その具体的理由として、概要、次のように主張する。

第1に、請求の一体性及び紛争解決の統一性を挙げる。すなわち、予備的併合という訴え提起方法を許す以上、主位的請求と予備的請求とを一回の訴訟で統一的に判断してくれという原告の訴えの趣旨を尊重し、主位的請求の成立を予想せしめる理由で予備的請求を否定するときは、主位的請求についても再審判する可能性を与え、統一的判断ができるようにすべきである<sup>25)</sup>。

第2に、不利益変更禁止原則との関係について、主位的請求と予備的請求は、一方が他方の代替物であって同価値であるから、予備的請求認容部分とともに主位的請求棄却部分まで破棄又は取消しがなされたとしても、被告が原判決で蒙っていた不利益が増加したわけではなく、不利益変更禁止原則に反しない<sup>26)</sup>。

第3に、上訴等を提起することの期待可能性がないことについて、主位的請求又は予備的請求のいずれが認容されてもその効果において全く差異がない場

合には、予備的請求が認容された原告としてはその結論に不服はなく、上訴等の提起を原告に期待することは無理である<sup>27)</sup>。

第4に、選択的併合と予備的併合とで区別する必要はない<sup>28)</sup>にもかかわらず、選択的併合の場合に判例<sup>29)</sup>が上訴等を要求しないことと整合しない<sup>30)</sup>。

以上の各理由付けの基礎には、原告は結局予備的請求の認容でも満足しているのであるから、予備的併合における主位的・予備的という順位は、せいぜい裁判所に対して審理の順序を指定する意味しかもたない<sup>31)</sup>との認識がある。

(2) しかし、上記の各理由付けに対しては、上訴必要説<sup>32)</sup>の立場から、以下のとおり、反論することが可能である。

まず、第1の点につき、予備的併合の関係にある両請求の間の関連性は、裁判所に対する関係において一部判決を制約するとしても、当事者が不服申立ての範囲をどのように定めるかということまで制約するものではない<sup>33)</sup>。

第2の点につき、不利益変更禁止原則を当事者の申立ての裁判所に対する拘束力と解するならば、これに反することは否定し得ない<sup>34)</sup>。近代自由主義思想を基礎とする処分権主義は民訴法の本質的部分であって、不利益変更禁止原則もその現れであり、安易に例外を認めるべきではない<sup>35)</sup>。

上訴不要説によると裁判所の判断で不利益変更禁止の原則を後退させることになるが、それでは相手方当事者の防御権を侵害することになる<sup>36)</sup>。上訴するか否かは当事者の自由な判断に委ねられている以上、上訴しないことによって被る不利益は上訴しない当事者が負担すべきである<sup>37)</sup>。

この点、上訴不要説から、訴え提起時のものであれ、当事者の意思に従っているという意味においては、処分権主義はなお維持されている<sup>38)</sup>との再反論がある。

しかしながら、主位的請求についてはこれを棄却した原判決が既に存在する。したがって、上訴審がそれと異なる判断をするためには、その前提として、原判決の主位的請求棄却部分を破棄し又は取り消すことがまず必要となる<sup>39)</sup>。

しかるに、その破棄又は取消しを求める不服申立て（上訴又は附带上訴）が欠けているのである。不服申立てを欠くのに、何故に職権による原判決の破棄又は取消しが可能となるのであろうか。不利益変更禁止原則の例外を認めるためには、職権をもって調査すべき公益的理由や第三者の訴訟との合一確定の必要性など、当事者の処分のみに委ねてはならない理由<sup>40)</sup>が必要とされるはずであるが、それに相当する理由が上訴不要説からは必ずしも示されていない。

第3の点につき、予備的併合において主位的請求が棄却された場合には、予備的請求が認容されたとしても、上訴の利益はある<sup>41)</sup>。では、心理的に上訴を期待できないといえるか。少なくとも、予備的請求に理由がないときには主位的請求について審判を求めるとの予備的附带上訴をすることは、期待可能性がないとはいえない<sup>42)</sup>。

新堂教授は「せいぜい裁判所に対して審理の順序を指定する意味しかもない」というが、原告が選択的併合によらずに予備的併合の態様を採用し主・副の順位を指定したことの背後には原告にとっての利益の大小の判断がひかえているはずであって、主位的請求が原判決主文において明示的に棄却されているにもかかわらず上訴等をしないということは、いわば第二希望で満足し、今後は主位的請求を求めないものとして扱われても、やむをえない<sup>43)</sup>。

第4の点について、選択的併合で一の請求が認容された場合には、そもそも原告に上訴の利益がなく<sup>44)</sup>、また、他の請求については、棄却されたのではなくて、原判決において判断が示されなかったのであるから、被告の上訴に基づいて原判決を取り消しさえすれば、他の請求についての原告の審判要求が当然に復活し、これについて審判することが可能である<sup>45)</sup>。このことは予備的併合における主位的請求認容の場合<sup>46)</sup>も同様である<sup>47)</sup>。これに対し、予備的併合において主位的請求を棄却する原判決が既に存在する場合は、上記第2の点について述べたとおり、同一に論ずることはできない。

### 3 宇野聡教授の見解について

宇野聡教授は、不利益変更禁止原則と申立拘束原則とを峻別し、前者については利益考量による調整が可能であるとする立場<sup>48)</sup>から、基本的には上訴必要説によりながらも、例外的に、「控訴審が予備的請求を棄却する理由と原審が主位的請求を棄却した理由とが矛盾する関係にあり、原告が不服を申し立てなかった理由が裁判所の法律判断の誤りに起因するという例外的な場合に限り、被告が金額等の点で原判決よりも不利益を被らない範囲において、原判決中の主位的請求棄却部分を認容に変更する扱いを認めてよい」<sup>49)</sup>とされる。

しかしながら、宇野教授は、上訴審における処分権主義が確立された今日において、申立拘束原則・処分権主義で説明される事象について不利益変更禁止原則を引合いにだすのは不適切である<sup>50)</sup>とされるのであって、上訴審における申立拘束原則そのものを否定される趣旨ではなかろう。そうすると、この見解に立っても、利益考量による調整の前に、申立拘束原則に反してはならないことは当然の前提ではなかろうか。

しかるに、宇野教授は、「Yの不服申立ては原判決中B請求〔予備的請求〕認容部分にしか及ばないが、上訴審がA請求〔主位的請求〕を基礎づける理由に基づきB請求認容部分を棄却に改める場合には、当事者間の公平あるいは紛争の統一的解決の必要性から、定型的・画一的に調査・判断の範囲がA請求にも拡張される。」<sup>51)</sup>と論じられる。

このように申立拘束原則の例外を認めるというのであれば、結局のところ、上訴不要説そのものである<sup>52)</sup>から、折衷説<sup>53)</sup>というよりも、条件付き上訴不要説と呼ぶべきであろう。そして、この見解に対しては、上記2(2)において述べた不利益変更禁止原則に反するとの批判が、申立拘束原則に反すると用語を置き換えた上で、そのまま妥当することとなろう。「控訴審が予備的請求を棄却する理由と原審が主位的請求を棄却した理由とが矛盾する関係にあり、原告が不服を申し立てなかった理由が裁判所の法律判断の誤りに起因するという例外的な場合」という要件定立<sup>54)</sup>は説得的であるが、その効果としては、



附帯上訴を促すよう釈明する義務が上訴審裁判所に生ずるということとどまり、上訴等がないにもかかわらず申立拘束原則の例外が肯定される理由とはならないように思われる。

#### 4 最判昭和41年12月15日民集20巻10号2089頁との権衡について

(1) 昭和54年判例に付された大塚裁判官の反対意見は、前述のとおり、最判昭和41年12月15日民集20巻10号2089頁（以下「昭和41年判例」という。）を「類似の取扱いをした先例」として援用している<sup>55)</sup>ので、この点について検討してみよう。

昭和41年判例の事案の概要は次のとおりである。和解調書において賃料を延滞したときは賃貸借契約を解除することができる旨の条項が定められていた場合において、Xが、賃料不払による解除の事実を争い、和解調書に基づく執行力の排除を求めて、Yに対して、主位的に請求異議の訴えを、予備的に執行文付与に対する異議の訴えを提起した。第一審は、主位的請求を棄却し、予備的請求を認容した。これに対して、Yのみが控訴し、Xは控訴も附帯控訴もしなかった。控訴審は、執行文付与に対する異議の訴えとして適法であるという見解のもとに、第一審判決のうち予備的請求を認容した部分を取り消した上で、同請求を棄却した。これに対して、Xが上告した、という事案である。

最高裁は、この場合には請求異議の訴えによるべきであって執行文付与に対する異議の訴えによるべきでないとして、控訴審も第一審も誤っているとしたが、「若しXらが差し戻し後の二審において、附帯控訴の申立をするならば、原審はXらの第一次請求について審理を遂げ宜しく本案の裁判をなすべきものであることは〔中略〕明らかである。」と述べ、主文としては、「原判決を破棄する。本件を大阪高等裁判所に差し戻す。」として原判決を破棄して差し戻すにとどめ、第一審判決を取り消して自判することまではしなかった。

(2) 石渡教授は、昭和41年判例には、次のような問題があると指摘される。

すなわち、数個の請求のうち一個についてのみ上告がなされた場合、上告されなかったその余の請求についても、上訴不可分の原則を前提にするかぎり、確定遮断効が生じる。この場合において、上告審が原判決破棄・差戻しの判決をしたとき、その余の請求がどのように扱われるかについては、見解が分かっているが、その余の請求は、当事者の意思によって上告審の審判の対象にならなかったのであるから、職権調査事項に関しての瑕疵があれば格別（民訴 322 条）、そうでないかぎり、これについての原審の判断部分は、差戻し判決がその言渡しによって確定すると同時に確定する、と解すべきである。そして、この見解（確定説）を前提にするかぎり、昭和 41 年判例で最高裁が示唆したような、差戻し後の控訴審での附帯控訴はもはやできないはずである。このように、昭和 41 年判例には、それ自体疑問とすべき点があるので、上訴不要説がこれを自説の根拠として援用することにも、問題がある。<sup>56)</sup>

(3) 上記の議論のうち、確定説についての一般論の部分は、説得的である。例えば、昭和 54 年判例の事案に当てはめて考えてみると、次のようになる。原審において、主位的請求が棄却され、予備的請求が認容された。これに対して、Y のみが上告し、X は上告も附带上告もしなかった。上訴不可分の原則により、事件全体が上告審に移審する。そして、昭和 54 年判例は、前述のとおり、Y の上告に基づいて原判決のうち予備的請求を認容した部分については破棄差戻しをしたのに対して、主位的請求に係る部分については、X の上告又は附带上告がないため、破棄することができず、したがって、差戻しもしなかった。そうすると、原判決のうち主位的請求を棄却した部分は確定したとみることができよう<sup>57)</sup>。現に、差戻し後の第二次控訴審判決<sup>58)</sup>は、主文において「被控訴人の当審における請求を棄却する。」（圈点引用者）との判決をし、X が差戻前控訴審において追加した予備的請求についてのみ、判決している。このことは、主位的請求については差戻審の審判対象に含まれていないことを示している。なお、予備的併合の場合に、通常は弁論の分離が許されないとしても、主位的請求棄却の判決が先に確定することには、何ら問題ない<sup>59)</sup>。

しかしながら、昭和41年判例の事案については、以上の議論が必ずしも当てはまらないように思われる。

昭和41年判例の事案は、前述のとおり、第一審が主位的請求を棄却し予備的請求を認容したところ、Yのみが控訴し、Xは控訴又は附帯控訴のいずれもしなかった、控訴審は第一審判決のうち予備的請求を認容した部分を取り消した上で同請求を棄却した、これに対してXが上告した、という事案である。この場合、Xの上告があるから、これに基づいて、上告審は控訴審判決を破棄することができる。破棄されると、控訴審判決が存在しないのと同様の状態、つまり、第一審判決に対してYが控訴したが未だ控訴審判決がなされていないのと同様の状態が復活する。Yの控訴に応答するために、上告審裁判所としては、自判、差戻し又は移送のいずれかの措置をとる必要があるところ、昭和41年判例は、差戻しを選択した。「原判決を破棄する。本件を大阪高等裁判所に差し戻す。」との主文は、主位的請求も含めた事件全体を原審に差し戻すという趣旨であると解される。そうすると、主位的請求も未確定であり、差戻し後の控訴審において、Xが附帯控訴をすることは、なお可能である<sup>60)</sup>。

要するに、昭和54年判例の事案においては、Xの上告又は附帯上告がないから、上告審は原判決の主位的請求部分を破棄することができず、したがって差戻しもできなかったのに対して、昭和41年判例の事案においては、Xの上告があるから、これに基づいて破棄差戻しをすることができる。両者は事案が異なるというべきである。昭和41年判例の事案において、確かにXの控訴又は附帯控訴はないが、控訴審判決は言渡しと同時に確定するわけではない。もし、昭和41年判例の事案においても、Xが控訴も附帯控訴もしなかった以上、たとえその後Xが上告したとしても主位的請求部分を差し戻すことはできないと考えると、控訴審判決が言い渡された時点において主位的請求についての第一審の判断が事実上確定したに等しくなるが<sup>61)</sup>、Xの上告によって事件全体について確定遮断効が生じているはずではないか。実質的に考えても、例えば、昭和41年判例と類似の事案において、本来主位的請求が認容されるべき

であるにもかかわらず、控訴審が釈明権を行使しないまま主位的請求については不服申立てがないとして判断せず、予備的請求についてのみ審判してこれを棄却又は却下した場合において、Xが控訴審裁判所の釈明義務違反を理由に上告受理申立てし、上告審がその主張に理由があると考えたとしても、差戻審において主位的請求について審判を受ける機会を失ってしまうことになりかねない。しかし、それは不合理ではなかろうか。

以上のとおり、昭和41年判例の事案において、差戻し後に附帯控訴をすることは、なお可能であると考えるべきであり、この判例に問題があるとまではいえないように思われる。

もっとも、昭和41年判例は、上記のとおり、「若しXらが差し戻し後の二審において、附帯控訴の申立てをするならば」(圈点引用者)と述べており、裏を返せば、附帯控訴の申立てがない限り主位的請求については判断することができないとする趣旨と解されるから、上訴必要説に立っているというべきである。昭和41年判例が上訴不要説の根拠となるものではないことは、石渡教授<sup>62)</sup>の指摘されるとおりである。

## 第4 上訴必要説からの対処方法

前項で検討したとおり、上訴不要説は必ずしも十分に説得的な理由を提供することができておらず、理論的には上訴必要説が正当であると言わざるを得ない。しかし、実質的に矛盾する理由で原告の両請求をいずれも排斥することは不合理であるとの上訴不要説の指摘<sup>63)</sup>には傾聴すべきものがある。そこで、上訴必要説の立場からも、不都合を回避するための方法が提唱されている。

### 1 栗田隆教授の見解について

(1) 栗田教授は、「被告からの控訴に対して原告がなす控訴棄却の申立ては、原判決で認められた利益を維持したいとの意思の表明であるから、反対の意思

が明示されていなければ、予備請求が棄却される場合には原判決の主位請求棄却部分を取り消してその認容判決を求めるとの意思（予備的附帯控訴）を含むものと解釈するのが合理的であり、その趣旨を含む控訴棄却の申立てに基づき、主位請求部分が上訴審の審判対象となる」<sup>64)</sup> との見解を提唱される。

この見解は、不服申立てを必要としつつそれは黙示でも足りるとするものであって、理念的には上訴必要説に属するというべきであるが、現実には上訴又は附帯上訴という行為を要求するわけではないので、実際上は上訴不要性と変わらない<sup>65)</sup>。

(2) 上訴必要説<sup>66)</sup> は、上訴不要説に対して、手数料の納付を欠くこと及び書面主義に反することを批判の理由として挙げており、そのことは栗田教授の見解に対しても同様と思われるので、これらの点を検討しておこう。

まず、手数料の納付について、上訴必要説は、主位的請求を棄却し予備的請求を認容する判決に対して原告が現実には上訴等をするには手数料の納付が必要であるのに、もし上訴不要説に立って、原告が上訴等をせずに、それゆえ手数料を納付しないにもかかわらず、上訴審において主位的請求について審判がなされるとするならば、原告が現実には上訴等をした場合との権衡を失する、と指摘する<sup>67)</sup>。

しかしながら、上訴の場合は、不服を申し出た限度で訴訟物の価額を算定することとされており、附帯上訴の場合も同様であるところ<sup>68)</sup>、主位的請求と予備的請求の経済的利益が共通である場合(民事訴訟法 9 条 1 項ただし書参照)において、原判決における予備的請求の認容額の限度において上訴審において主位的請求についての審判を求めているとみれば、上訴等の手数料の納付を要しないという解釈も成り立つように思われる。「原判決で認められた利益を維持したいとの意思」からすれば、自ずと上訴審における主位的請求の請求額は原判決における予備的請求の認容額の限度に減縮されると解すべきだからである<sup>69)</sup>。

次に、上訴必要説<sup>70)</sup> は、上訴不要説にしたがった処理を上訴の書面主義（民

事訴訟法 286 条 1 項・293 条 3 項・314 条 1 項) に反すると批判しており、栗田教授の見解に対しても同様であろう。

しかしながら、判例は、一般論として黙示の申立てを認めており<sup>71)</sup>、訴えの変更に関してではあるが、書面の提出又は送達の欠缺は被告の責問権の喪失によって治癒される<sup>72)</sup>としている。

以上のとおり、手数料の納付及び書面主義の点はいずれも決定的な問題とはならず、栗田教授の見解は実務でも十分に受け容れることの可能な解釈論であると思われる。

(3) しかし、この見解に従ったときに救済される範囲は、はたして必要十分といえるであろうか。

この見解によれば、原判決で認められた利益を維持する限度においてしか不服申立ての意思が認められないであろうから、主位的請求と予備的請求とで求める給付の内容が異なり、前者が不可分であって後者よりも利益が大きい場合、例えば、主位的に契約が有効であることを前提として物の引渡しを請求し、予備的に契約が無効であれば金銭の支払を請求するといった、典型的な予備的併合の場合においては、たとえ契約の有効性についての原審裁判所の法解釈が誤りであると上訴審裁判所が判断したときであっても、救済されないことになるのではない。

他方で、主位的請求と予備的請求とで求める給付の内容が同一でありさえすれば、たとえ予備的請求を棄却に導く理由が必ずしも主位的請求を本来認容に導くべき理由とは直結しない場合であったとしても、裁判所は主位的請求について審理判断をなしうることとなろう。しかし、それでは、相手方から不服申立てがないため主位的請求に対しては防御する必要がないと考えていた上诉人にとって、不意打ちとなる<sup>73)</sup>。この不意打ちを避け、防御権を保障するために、上诉人への釈明を要するのであろうか。もしそうだとすれば、次に述べるとおり、被上诉人に附帯上訴を促す釈明をすることが本来的な解決方法であると思われる。

## 2 釈明権行使による方法について

既に指摘されているとおり、上訴必要説に立った場合の不都合を回避するオーソドックスな方法は、適切な釈明権行使である<sup>74)</sup>。そして、少なくとも、先に紹介した宇野教授の挙げられた場合、すなわち、「控訴審が予備的請求を棄却する理由と原審が主位的請求を棄却した理由とが矛盾する関係にあり、原告が不服を申し立てなかった理由が裁判所の法律判断の誤りに起因するという例外的な場合」には、釈明が義務となると解すべきではなかろうか。法の解釈適用は裁判所の職責であるところ、先例の不分明な法解釈問題について上訴審裁判所がどのような見解をもっているかは必ずしも当事者が事前に知り得るところではないから、差し当たり原審裁判所のとった法見解に従って当事者が行動することは必ずしも不合理なこととはいえない。その原審裁判所の法見解が誤っており、正しい見解によれば主位的請求が認容されうるというのであれば、上訴審裁判所としては、原審裁判所の誤りの結果を当事者に帰せしめるのではなく、これを是正すべく、当事者に附带上訴を促すように釈明する義務を負うものと解すべきであろう。釈明義務を基礎づける要素の一つとして、裁判所の心証を当事者が知り得ないことが挙げられる<sup>75)</sup>が、そのことは上記の場合にも当てはまるものと思われる。昭和 41 年判例が理由中において附帯控訴の示唆をしたことは、上記の釈明義務を果たしたものとみることもできよう<sup>76)</sup>。

この点、昭和 58 年判例は、「原審が所論の点について釈明権を行使しなかったとしても審理不尽等所論の違法があるとは認められない。」としている。しかしながら、そこには、「記録にあらわれた本件訴訟の経過に徴すれば」との限定が付されていることに注意すべきである。この事案においては、仮に原告が附帯控訴をしていたとしても、主位的請求認容の見込みはなかったものと思われ<sup>77)</sup>、そうとすれば釈明権を行使する必要はないということであろう。一般的に釈明義務がないとしたわけではない。

ただ、控訴審における釈明はともかく<sup>78)</sup>、上告審において附带上告を促す



釈明を期待することは現実的でない<sup>79)</sup>と指摘される。

理念的に言えば、上告審においても釈明義務を肯定すべきであろう<sup>80)</sup>(これを否定すると控訴審判決に対する釈明義務違反を理由とする上告受理申立てすら成立しなくなるおそれがある)。しかし、仮にそれが現実的でないとしても、予備的請求認容の控訴審判決の判断が上告審において破棄されるときは、それに先立って口頭弁論が開かれる(民事訴訟法 87 条 1 項本文・319 条参照)から、破棄の可能性があることは事前に知ることができ<sup>81)</sup>、附带上告可能な時期についても、上告理由と同一の理由に基づく附带上告は口頭弁論終結まで許されるから<sup>82)</sup>、上告理由が容れられることを予想して予備的附带上告を提起すればよい<sup>83)</sup>。

## 第 5 結論

以上検討したところにより、本稿は上訴必要説を支持する。昭和 54 判例の補足意見が端的に指摘しているとおり、処分権主義及びその上訴審における現れとしての不利益変更禁止原則という民事訴訟法の基本原則が確立されているにもかかわらず、その例外を認めてしまうことは、被告＝上訴人に不測の不利益を被らせることになり、公平な解決とはいえない。他方で、不服申立てをすることができたにもかかわらずそれをしなかった原告＝被上訴人が不利益を受けるとはやむを得ない。ただし、不服申立ての機会を実質的に保障するために、少なくとも、上訴審裁判所において予備的請求を棄却しようとする理由と原審が主位的請求を棄却した理由とが相互に矛盾する関係にあって、原告＝被上訴人が不服申立てをしていない理由が原審裁判所の法律判断の誤りに起因する場合には、上訴審裁判所は被上訴人に附带上訴を促すよう釈明する義務を負うと解すべきである。

- 1) 新堂幸司「不服申立て概念の検討—予備的併合訴訟における上訴審の審判の範囲に関して—」『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣、1991年）227頁、228頁（初出・吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践（下）』（法律文化社、1981年））。
- 2) 石渡哲「不服申立ての限度—請求の予備的併合における上訴審の審判の範囲—」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策（上）』（商事法務、2008年）21頁。
- 3) 岡庭幹司「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』（有斐閣・別冊ジュリスト201号、2010年）236頁。
- 4) 昭和54年判例について、最高裁調査官による解説として、吉井直昭「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和54年度（法曹会、1983年）133頁（初出・曹時34巻11号〔1982年〕）、同・ジュリスト698号66頁（1979年）があり、評釈として、小室直人「判批」Law School 16号69頁（1980年）、N・Y「判批」NBL204号43頁（1980年）、池田辰夫「判批」民商81巻6号841頁（1980年）、坂原正夫＝多屋昌治「判批」法研53巻4号597頁（1980年）、石田穰「判批」法協97巻6号879頁（1980年）、新堂幸司「判批」『判例民事手続法』（弘文堂、1994年）55頁（初出・ジュリスト718号〔昭和54年度重要判例解説〕〔1980年〕）、林屋礼二「判批」判タ411号（昭和54年度民事主要判例解説）279頁（1980年）、鈴木正裕「判批」判評258号30頁（判時966号〔1980年〕）、吉川義春「判批」立命155号128頁（1981年）、角田良平「判批」立教大学大学院法学研究3号78頁（1982年）、栗田隆「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選〔第2版〕』（有斐閣・別冊ジュリスト76号）276頁（1982年）、飯倉一郎「判批」国学院20巻1号143頁（1982年）、石田喜久夫「判批」星野英一ほか編『民法判例百選Ⅱ債権〔第2版〕』（有斐閣・別冊ジュリスト78号）36頁（1982年）がある。
- 5) 鷺岡康雄「最高裁民事破棄判決の実情—昭和57年度—（1）」判時1083号3頁、5頁。
- 6) 控訴審は訴訟物を1個と考えていたのかもしれない。そのためか、控訴審判決が主文において棄却した請求が主位的請求であるのか、それとも予備的請求であるのかは、必ずしもはっきりしない。もし前者であるとすれば、審判の対象となっていない請求について判断し、本来審判すべき請求についての判断を脱漏したこととなろう。また、もし後者であるとすれば、YのAに対する債権を自働債権とする相殺の抗弁は、相殺適状になく、主張自体失当であるから、成立しない理由により予備的請求を棄却してしまったこととなろう。鷺岡・前掲注5）5頁は前者とみているようであるが、最高裁判決の文言からすれば後者とみているようにも読める。
- 7) 昭和58年判例についての評釈として、井上治典「判批」民商89巻3号421頁（1983年）、住吉博「判批」判評316号37頁（判時1148号〔1985年〕）、飯塚重男「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅱ〔新法対応補正版〕』（有斐閣・別冊ジュリスト146号、1998年）410頁（初出・別冊ジュリスト115号〔1992年〕）、石渡哲「判批」伊藤眞ほか編『民

- 事訴訟法判例百選〔第3版〕』（有斐閣・別冊ジュリスト169号、2003年）234頁、岡庭・前掲注3）がある。
- 8) Yが店舗経営を譲らなかった理由について、第一審判決はYがAとXの婚姻に反対するようになったからであるとしていたが、控訴審判決はそれとは異なる理由を認定している（最高裁判所裁判集民事138号315頁、329頁掲載の上告理由参照）。
  - 9) 石渡・前掲注2）27～28頁。
  - 10) 石渡・前掲注2）28頁。
  - 11) 石渡・前掲注2）25頁注（5）。
  - 12) 石渡・前掲注2）28頁。
  - 13) 現行の破産法も特殊登記説を前提としていることにつき、小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（商事法務、2004年）356頁参照。
  - 14) 坂原正夫＝多屋昌治「判批」法研52巻11号（1979年）1309頁、1312頁参照。
  - 15) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）425頁以下、松下淳一『民事再生法入門』（有斐閣、2009年）64頁以下参照。
  - 16) なお、最判平成12年3月9日民集54巻3号1013頁は、通謀虚偽表示による無効と詐害行為取消の2つの構成に基づいて提起された配当異議訴訟につき、前者を主位的請求、後者を予備的請求と解した上で、予備的請求に関する部分につき破棄差戻しの判決をしている。詐害行為取消権は訴えの方法によって行使しなければならない点、否認権とは異なる。
  - 17) 石渡・前掲注2）28頁。
  - 18) 昭和54年判例は第二小法廷、最判昭和57年12月16日前掲注5）は第一小法廷、昭和58年判例は第三小法廷によるものである。
  - 19) 最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁。最判平成23年10月18日民集65巻7号2899頁も同旨。
  - 20) 新堂・前掲注1）のほか、荒木隆男「請求の予備的併合と上訴」亜細亜法学20巻1・2合併号233頁（1986年）が上訴不要説に立つ。さらに、昭和54年最判についての評釈のうち、小室・前掲注4）、石田・前掲注4）、新堂・前掲注4）、林屋・前掲注4）、鈴木正裕・前掲注4）、角田・前掲注4）及び飯倉・前掲注4）、並びに、昭和58年最判についての評釈のうち、井上・前掲注7）及び住吉・前掲7）が判旨に反対する。
  - 21) 最近の体系書において上訴不要説を採るものとして、新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2011年）753頁、902頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版〕』（有斐閣、2012年）631頁以下、636頁、上田徹一郎『民事訴訟法〔第7版〕』（法学書院、

2011年）528頁、607頁、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣、2009年）660頁がある。

- 22) 小室直人「上告審における調査・判断の範囲」『上訴・再審（民事訴訟法論集・中）』（信山社、1999年）169頁、181頁（初出・法雑16巻2～4号〔1970年〕）。井上・前掲注7）426頁も、「現実に控訴した被告の申立てのなかに原判決全体がとり込まれている」として、Yの上訴が全部に及ぶとするが、そもそも不服の範囲が訴訟物を基準として決まるという発想自体を批判するものである。なお、三ヶ月章「判批」『判例民事訴訟法』（弘文堂、1974年）404頁、407頁以下（東京大学判例研究会『判例民事法（25）昭和22年度・昭和23年度・昭和24年度』〔有斐閣、1962年〕117頁、120頁）は、「予備的併合の場合にはたとえその一を認容したに止まる場合であっても一個の全部判決であるから、上訴・確定の関係では常に一体とみなされ、移審の効果も全体として生じ〔中略〕全部が控訴審の審判の対象とな」るとする。
- 23) 鈴木正裕・前掲注4）37頁、新堂・前掲注1）237頁、飯倉・前掲注4）146頁。また、三ヶ月・前掲注22）に対して、新堂・前掲注1）239～240頁注（9）は、移審の範囲が当然に上訴審の調査・判断の範囲になるわけではないと批判する。
- 24) 新堂・前掲注1）242頁、243頁。
- 25) 新堂・前掲注1）248頁～249頁。
- 26) 新堂・前掲注1）252～253頁。
- 27) 新堂・前掲注1）240～241頁。
- 28) 新堂・前掲注1）257頁。
- 29) 最判昭和58年4月14日判時1131号81頁、最判平成21年12月10日民集63巻10号2463頁。
- 30) 新堂・前掲注21）753～754頁、住吉博・前掲注7）39頁、荒木・前掲注20）243頁。
- 31) 新堂・前掲注1）248頁。
- 32) 上訴必要説に立つ主な文献として、石渡・前掲注2）、池田・前掲注4）、坂原＝多屋・前掲注4）、吉川・前掲注4）のほか、中野貞一郎「判批」判評49号14頁、17頁（判時303号〔1962年〕）、右田堯雄「民事控訴審実務の諸問題」『上訴制度の実務と理論』（信山社、1998年）1頁、92頁（初出・判タ288号〔1973年〕）、奈良次郎「控訴審における審理の実際と問題点」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴（中）』（有斐閣、1980年）105頁、120頁、浅生重機「請求の選択的又は予備的併合と上訴」民事訴訟雑誌28号1頁（1982年）、平田浩「上告審の審判の範囲」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座3』（日本評論社、1982年）213頁、伊藤真「上訴審審判の範囲」井上治典ほか『これからの民事訴訟法』（日本評論社、1984年）339頁、344頁（初出・法学セミナー344号〔1983年〕）、上野泰男「請求の予備的併合と上訴」名城法学33巻4号1頁、

21 頁（1984 年）、榊原豊「複数請求の定立と規制」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟② 訴訟の提起』（弘文堂、1984 年）305 頁、315 頁、飯塚重男「不利益変更禁止の原則」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟⑦上訴・再審』（弘文堂、1985 年）191 頁、200 頁、遠藤賢治「上告審の審理の範囲」『民事訴訟にみる手続保障』（成文堂、2004 年）179 頁、191 頁などがある。

- 33) 平田・前掲注 32) 222 頁。
- 34) 上野・前掲注 32) 22 頁、飯塚・前掲注 7) 411 頁。
- 35) この点、榊原・前掲注 32) 315 頁は、「原告がなお主請求認容判決を求めて不服を申し立てるかどうかの判断は、当事者の自主的な判断に委ねなければならない問題である」にもかかわらず、上訴不要説のように考えると「当事者が原判決に対して不服を申し立てるかどうか自ら判断する権能を当事者から奪うことになる」との理由から上訴必要説を支持される（同旨、飯塚・前掲注 32) 200 頁）。つまり、原告＝被上訴人の利益（自己決定権）を重視する。確かに、榊原・前掲注 32) 318 頁以下注（28）の論ずるとおり、そのような場合もあろう（例えば、原告の名誉や信用に関する場合）。しかし、もしも裁判所の心証及び法的見解を事前に外部から知り得るならば原告が附带上訴を提起したであろうといえるのが通常の場合ではなかろうか。つまり、通常の場合、上訴不要説の結論は原告の推定的意思には反しない。本文で次に述べるように、通常の場合には、原告＝被上訴人の利益ではなくて、被告＝上訴人の利益、すなわち、相手方の不服申立てがないので審判の対象となっておらず防御の必要がないと考えていた被告＝上訴人の防御権を侵害しないかどうかの主たる問題であろう。
- 36) 昭和 54 年判例の事案に即していえば、Y は、第三者のための契約には当たらないことにつき控訴審判決において既に決着が付いているから上告審において防御する必要はないと考えていたはずであり、上訴不要説によると、Y にとって不意打ちとなる。
- 37) 池田・前掲注 4) 857 ～ 858 頁、吉川・前掲注 4) 144 頁。なお、昭和 54 年判例の補足意見参照。
- 38) 荒木・前掲注 20) 245 頁。新堂・前掲注 1) 248 頁は、上告審が甲請求の成立を予想せしめる理由で乙請求を否定するときは、訴え提起に示された原告の当初の意思は、甲請求排斥の原判決部分に対する「実質的な不服」に顕在化する、という。なお、後掲注 64) 参照。
- 39) 昭和 54 年最判の補足意見参照。なお、後掲注 45) 引用の各文献参照。
- 40) 新堂・前掲注 1) 228 頁・244 頁注（3）参照。
- 41) 最判昭和 43 年 2 月 20 日民集 22 卷 2 号 236 頁参照。
- 42) 上野・前掲注 32) 21 頁。

- 43) 浅生・前掲注32) 17～18頁、坂原＝多屋・前掲注4) 600～601頁。
- 44) 高橋・前掲注21) 634頁参照。
- 45) 平田・前掲注32) 223頁、浅生・前掲注32) 15頁、伊達聡子・ジュリスト871号99頁、100頁（1986年）参照。
- 46) 大判昭和11年12月18日民集15巻2269頁、最判昭和33年10月14日民集12巻14号3091頁。
- 47) 石渡・前掲注2) 59頁、上野・前掲注32) 26頁、
- 48) 宇野聡「不利益変更禁止原則の機能と限界（1）（2・完）」民商103巻3号（1990年）397頁、同4号（1991年）580頁。
- 49) 鈴木正裕＝鈴木重勝編『注釈民事訴訟法（8）上訴』（有斐閣、1998年）170頁、173～174頁〔宇野聡〕。
- 50) 宇野・前掲注48) 4号601頁。
- 51) 宇野・前掲注48) 4号596頁。
- 52) 宇野・前掲注48) 4号596頁も、その限りでは上訴不要説であることを認めておられる。
- 53) 高橋・前掲注21) 635頁は、宇野教授の見解を折衷説と呼ぶ。
- 54) この要件は、栗田隆「不利益変更禁止原則に関する判例法理」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣、1995年）267頁、292頁の分析を受けたものである。なお栗田教授は、被告の防御の機会に差戻審で十分に与えられるとする。しかし、もし上告審における防御の機会がないままに破棄判決の拘束力が生ずるとすれば不当である。
- 55) 新堂・前掲注4) 59頁も、昭和41年判例は類似のケースでむしろ〔昭和54年判例と〕反対の立場をとっていたとみられる、とする。
- 56) 以上につき、石渡・前掲注1) 53頁。
- 57) 昭和54年判例につき、主位的請求部分は確定したとみるものとして、吉井・前掲注4)「判解」149頁、新堂・前掲注1) 239頁注（4）、坂原＝多屋・前掲注4) 601頁、池田・前掲注4) 854頁など。なお、予備的併合ではないが、大判大正4年10月6日民録21輯1593頁及びこれについての栗田・前掲注54) 300頁参照。
- 58) 東京高判昭和54年12月10日判時956号63頁。なお、最判昭和60年7月16日判時1178号87頁によって差し戻された後の福岡高裁宮崎支判昭和61年10月27日判タ631号221頁参照。
- 59) 吉井直昭「控訴審の実務処理上の諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座2』（日本評論社、1969年）275頁、288頁、池田・前掲注4) 854頁、石渡・前掲注2) 48

- ～ 49 頁、高橋・前掲注 21) 746 頁。
- 60) 新堂・前掲注 1) 235 頁参照。
- 61) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法〔Ⅲ〕』（日本評論社、1986 年）196 頁参照。
- 62) 石渡・前掲注 2) 30 頁・52 頁。
- 63) 新堂・前掲注 1)。
- 64) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第 2 版補訂 2 版〕』（有斐閣、2008 年）510 頁〔栗田隆〕。なお、鈴木重勝「当事者救済としての上訴制度」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟⑦上訴・再審』（弘文堂、1985 年）1 頁、13～16 頁は、予備的併合形態による訴え提起行為の中に黙示の予備的附带上訴の意思を認める。しかし、第一審判決が言い渡されるよりも前から不服申立ての意思があるとみることには無理がある。また、仮に不服申立ての意思が含まれているとみることが可能であるとすれば、予備的附带上訴の意思にとどまるのではなくて、上訴そのものの意思があるということにならないのであろうか。栗田教授の構成の方がより優れているように思われる。
- 65) 栗田教授の見解について、石渡・前掲注 2) 42 頁注 (19) は上訴不要説と位置づけており、高橋・前掲注 21) 637 頁注 53 は、「黙示の申立てはフィクションであるから、実質は上訴不要説となろう」と評している。
- 66) 石渡・前掲注 2) 43 頁・57 頁。
- 67) 石渡・前掲注 2) 57 頁、池田・前掲注 4) 856 頁注 (1)。
- 68) 金井繁二＝小野和夫＝寺尾英明『訴額算定に関する書記官事務の研究〔補訂版〕』（法曹会、2002 年）20 頁以下、及び、同書 327 頁以下所収の昭和 31 年 12 月 12 日民甲 412 民事局長通知「訴訟物の価額の算定基準について」備考 (1) 参照。
- 69) 栗田・前掲注 54) 293 頁、東京地判昭和 37 年 1 月 29 日下民集 13 巻 1 号 98 頁参照。
- 70) 石渡・前掲注 2) 57 頁、池田・前掲注 4) 856 頁注 1)。
- 71) 最判昭和 30 年 12 月 1 日民集 9 巻 13 号 1903 頁、最判平成 18 年 4 月 14 日民集 60 巻 4 号 1497 頁参照。
- 72) 最判昭和 31 年 6 月 19 日民集 10 巻 6 号 665 頁。
- 73) 鈴木正裕・前掲注 4) 34 頁参照。
- 74) 上野・前掲注 32) 9～10 頁、吉川・前掲注 4) 144 頁。
- 75) 最判昭和 39 年 6 月 26 日民集 18 巻 5 号 954 頁。
- 76) 宮田信夫「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和 41 年度 537 頁、540 頁参照（初出・曹時 19 巻 3 号〔1967 年〕）。なお、池田・前掲注 4) 855 頁は、昭和 54 年判例に付された



大塚裁判官の反対意見の背景には「原判決が法令の解釈適用を誤ったことが当事者において上訴ないし附帯上訴をしなかった原因となっている場合に、なお裁判所側の帰責事由に基づく不正義を、たまたま当事者が不服申立をしなかったことを機に、当事者に一方的に責任転嫁して原判決を確定することは著しく不合理だとの考慮があるものと思われる。」と指摘した上で、同反対意見に対して「上告審の調査・判断の範囲は入口の問題であって、まず冒頭に一義的客観的に確定されるべきもので、そこで上告審の審判の対象とされて初めて実質判断をなしうるのに、実質判断を先行させ上告審の調査、判断の範囲を決定するのは論理が逆立ちしている」と指摘される。昭和54年判例の事案に即して考える限り、この批判は当たっている。しかし、それとは異なって、予備的請求を棄却又は却下に導く理由が主位的請求を認容に導く理由と直結する場合においては、予備的請求の当否について調査した結果として必然的に主位的請求の当否が判明するわけであるから、上記の指摘は必ずしも当てはまらない。

- 77) 井上・前掲注7) 424頁、石渡・前掲注7) 235頁。
- 78) 控訴審裁判所が釈明権を行使しなかった場合であっても、判決によって事後的に控訴審裁判所の法的見解は判明するから、釈明義務違反を理由として上告受理申立てをすることは可能である。高橋・前掲注21) 634頁。
- 79) 新堂・前掲注1) 242頁、高橋・前掲注21) 634頁。
- 80) 伊藤・前掲注32) 344頁は、なんらかの形式で附帯上告提起の必要を教示するなどの手当てが必要とする。遠藤・前掲注32) 192頁は、釈明して、審理を求めるのであれば附帯上告をする必要がある旨を告げることが望まれるとする。なお、上告審において期日外釈明がなされた例として、後掲注81)。
- 81) 周知のとおり、近時の最高裁判例の中には口頭弁論を開かずして原判決を破棄しているものがあるが、当事者に防御の機会を与える必要がある場合には期日外釈明をしているとのことである（最判平成19年3月27日民集61巻2号711頁につき、絹川泰毅「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成19年度（上）（法曹会、2010年）289頁、299頁（初出・曹時61巻8号〔2009年〕）、最判平成22年3月16日民集64巻2号498頁につき、田中一彦「判解」曹時64巻12号3553頁、3560頁〔2012年〕）。果たして期日外釈明をもって口頭弁論に代替しうるかどうかにについては問題がある（小田滋「光華寮訴訟類未記—平成19年3月27日の最高裁第3小法廷判決について—」国際法外交雑誌107巻3号〔2008年〕397頁、とくに407頁以下参照、坂原正夫「民事訴訟法第三一九条について—最高裁判所と口頭弁論—」法研82巻12号〔2009年〕1頁、とくに54頁以下、岡田幸宏「上告裁判所における原判決破棄と口頭弁論の要否—最近の最高裁判例を素材にして—」同志社法学62巻6号〔2011年〕1749頁、とくに1770頁、1771頁注（10））。本稿ではこれ以上立ち入ることができず、他日を期することとせざるをえないが、最高裁が当事者

の手續保障に最小限の配慮をしている限り、上訴必要説に致命的な欠点があるとまではいえまい。

- 82) 最判昭和38年7月30日民集17巻6号819頁、最判昭和43年8月2日民集22巻8号1525頁参照。高橋・前掲注21) 638頁注(59)も、期間の制限は決定的でないとする。なお、池田・前掲4) 860頁注(7)は、職権で調査しうる実体法規の解釈適用の誤りについては、上告理由書提出期間経過後であっても附帶上告可能とする。この見解に従えば、たとえ予備的請求を棄却に導く理由が必ずしも主位的請求を認容に導く理由とは直結しない場合であったとしても、救済することが可能となる。ただし、職権で調査することができるという問題と調査しなければならないという問題とは別であり、上記の場合にまで釈明が義務であるということは困難かもしれない。
- 83) 平田・前掲注32) 223～224頁。