

Title	〔最高裁民訴事例研究 三八九〕
Sub Title	
Author	川嶋, 隆憲(Kawashima, Takanori) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2004
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.8 (2004. 8) ,p.150- 163
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20040828-0150">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20040828-0150</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 〔最高裁判事例研究 三八九〕

昭和三一三 (最高裁判集一〇卷四号二九七頁)

勝訴の当事者と上告の利益

土地所有権移転登記手続等請求事件 (最高裁昭和三十一年四月三日第三小法廷判決)

〔事 実〕

X (原告・被控訴人・被上告人) は、Y (被告・控訴人・上告人) に対する一〇八七円の貸金債務の担保として、大正一四年、X 所有の甲土地の一部と、X と Z (参加人) の子である A 所有の乙土地について、抵当権を設定し、それぞれ登記を経由した。その後、昭和四年、甲土地の前記一部分につき抵当権の抹消登記がなされ、改めて甲土地全部について、売買を原因とする X から Y への所有権移転登記がなされた。乙土地については、昭和一九年、A の死亡により、相続人 X および Z の共有となった。

戦後、X は本件訴えを提起し、Y に対して、(イ) 甲土地について、X への所有権移転登記手続を請求し、(ロ) 乙土地に

ついて、抵当権設定登記の抹消登記手続を請求した。X はその理由として、昭和四年の甲土地の所有権移転は、貸金債務に比して担保が過大なため甲土地の売渡担保に切り替えたものであること、そのさい乙土地の抵当権の抹消登記をなすことになってこれが放置されていたこと、その後被担保債務は完済されたことを主張した。これに対して Y は、前記の所有権移転は、Y が X の別口の債務を代位弁済したことにより、Y が X から買い受けたもので、売渡担保ではなく純粹の売買であったこと、乙土地の抵当権の被担保債権は完済されていないことを主張して争った。さらに、Y は反訴として、X に対して、(ハ) 所有権侵害および名誉毀損を理由として、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

第一審は、X の(イ)(ロ)の請求を認容し、Y の(ハ)の請求を棄却した。これに対して Y が控訴。控訴審は、(ロ)(ハ)の請求につき第一審判決を維持したが、(イ)の請求については控訴を認容して X の請求を棄却した。その理由として、甲土地の所有権移転は、売渡担保となされたものであるが、この被担保債務は一〇八七円のほかに五二〇〇円余りの債務

を含み、その債務は完済されていないことが示された。

これに対してYが上告。上告理由は多岐にわたるが、Yが敗訴した(ロ)(ハ)の請求には言及せず、Yが勝訴した(イ)の請求につき、判決理由中の判断である売渡担保の認定に対して、純粹の売買であったと主張するものであった。

### 〔判旨〕

上告棄却。

「本件上告理由を見るに、すべてYが勝訴したXの(イ)の請求につき、原審がなした判決理由中の判断を攻撃するにとどまり、Yが敗訴した(ロ)及び(ハ)の請求に対する不服でないことが明らかである。そして所有権に基づく登記請求の訴えについてなされた判決の既判力は、その事件で訴訟物とされた登記請求権の有無を確定するにとどまり、判決の理由となった所有権の帰属についての判断をも確定するものではないから(昭和二十八年(オ)第四五七号、昭和三〇年一月一日第一小法廷判決参照)、Yは本件において(イ)の請求につき敗訴しても、なお、自ら訴えを提起し又は相手方の請求に应诉することによって、甲土地の所有権が自己に存することを主張して争うことができるのであるから、所論は結局上告の前提たる利益を欠くものと云わなければならない。」(裁判官全員一致の意見)

### 〔評釈〕

判旨に賛成する。

一 本判決は、上訴の利益に関して、勝訴判決を受けた当事者が判決理由中の判断を不服として上訴することは、上訴の利益を欠くと判示したものである。<sup>(1)</sup> 同旨の判断は、大審院時代からなされていたが、<sup>(2)</sup> 本判決は最高裁として正面からこの問題を扱ったものであり、<sup>(3)</sup> この点に今日のリーディングケースとしての意義が認められる。<sup>(4)</sup>

上訴の利益を欠くとする理由として、本判決は、上訴が勝訴した請求に対するものであり、敗訴した請求に対するものでないことを挙げる。これは、上訴の利益は原審における当事者の申立てと判決とを比較して判断するという考え方であり、上訴の利益に関するいわゆる形式的不服説である。ここでいう判決とは、判旨からも読み取れるように、既判力の生じる部分、すなわち原則として判決主文(民訴法一一四条一項)を意味する。形式的不服説は、大審院以来の確立した判例理論であったところ、<sup>(5)</sup> 最高裁もこれを受け継いだものである。<sup>(6)</sup>

もっとも、本判決以降の裁判例には、全部勝訴者にも上訴の利益を認めるものが現れている。<sup>(7)</sup> たとえば、最判昭和

四五年一月二二日民集二四卷一号一頁は、控訴を認容して第一審判決を取消・差戻した控訴審判決に対して控訴人が上告した事案において、取消の理由となった判決理由中の判断を不服とする場合には上告の利益を有すると判示した<sup>(8)</sup>。また、名古屋高裁金沢支部平成元年一月三〇日判時一三〇八号一二五頁は、黙示の一部請求を認容した第一審判決に対して原告が請求を拡張するために控訴した事案において、全部勝訴者であっても、請求の拡張のための控訴の利益が認められると判示した<sup>(9)</sup>。ただし、これらの裁判例も大審院以来の判例理論を否定するものではなく、形式的不服説に例外が存在することを認めた裁判例と解されている<sup>(10)</sup>。したがって、本件最高裁昭和三十一年判決は、これらの裁判例によって先例としての意義を失うものではない。

本判決に対するこれまでの評価は肯定的であり、上訴の利益を欠くとの判断に明示的に反対するものは見あたらな<sup>(11)</sup>い。ただし、上訴の利益に関しては、その後、理論に展開が見られるところであり、現在の到達点に照らして本判決を振り返る必要があるといえる。また、本件の処理として、原審が控訴認容・請求棄却の判決を下したことに對しては疑問も示されている。純粹の売買であったかという争点が繰り返される恐れがあり、判決の紛争解決機能からみると

賢明ではないとの考えからである<sup>(11)</sup>。手続運営論の見地から、本件の処理についても若干の検討を加えることにしたい。

二 上訴の利益とは、原判決によって当事者が受けた不利益であり、これを逆からみて上訴の利益と呼ばれる。明文規定はないが、控訴・上告の適法要件の一つとして要求されることには古くから異論がない。被上訴人や裁判所の負担を考慮すれば、上訴を無制限に受け入れられるわけにはいかないからである。しかし、上訴の利益の判断基準については、明文規定を欠くこともあり、これまで様々な見解が主張されてきた<sup>(12)</sup>。

旧実体的不服説は、上訴審において実体法上より有利な判決を獲得しうるかどうかを判断基準とする見解である。戦前において有力に主張されていた見解である<sup>(13)</sup>。その論拠としては、控訴審が統審制を採用していることが挙げられる<sup>(14)</sup>。その背景には、上訴審が実体的に正しい判決を保障する使命をもつことに重点を置いた上訴観があるといわれる<sup>(15)</sup>。ただし、この見解は、主として控訴審において請求を變更・拡張するための上訴を念頭に置いていることもあり、判決理由中の判断を不服とする上訴が認められるかは必ずしも明らかではない<sup>(16)</sup>。また、事後審的性格を有する上告審において適用があるかも判然とし<sup>(17)</sup>ない。いずれにして

も、この立場に対しては、およそすべての上訴が許されることになり、上訴の利益を要求する意義が失われるとして、今日では支持を失っているとされる<sup>(18)</sup>。

形式的不服説は、原審における当事者の申立てと判決とを形式的に比較し、判決が申立てより小さい場合に上訴の利益があると見る見解である。今日における通説であり、本件最高裁が採用する立場でもある<sup>(19)</sup>。その論拠は、欲するところのすべてを認められた当事者には上訴を認める必要がないという自己責任にあることのほか、判断基準の明確性が強調されることが多い。この見解によれば、ここで比較の対象とされる判決とは既判力の生ずる部分、すなわち判決主文であり（民訴法一一四条一項）、判決理由中の判断は比較の対象とならない。したがって、全部認容判決を受けた原告や全部棄却判決を受けた被告には上訴の利益はなく、理由中の判断を不服として上訴することは許されないと説明される。ただし、相殺の予備的抗弁により全部棄却判決を受けた被告には、理由中の判断を不服として、相殺以外の理由による棄却判決を求めて上訴する利益があるとされる。この場合、理由中の判断である反対債権についても既判力が生ずるためである（民訴法一一四条二項）。

以上が、形式的不服説の基本的な考え方であるが、現在

ではこの基準を機械的に適用する純粋な形式的不服説は存在しない。この立場を貫くことが不都合を生じる場合には例外を認めるとするのが現在の多数の理解である。いわゆる「例外を認める形式的不服説」であり、これによれば、形式的不服がない場合であっても、原判決の確定により別訴が妨げられる場合には上訴が認められるとする<sup>(21)</sup>。しかしながら、このような考え方は、場あたりに例外を認めるものとして、基準としての明確性、理論としての整合性に疑問が付されることとなった。

新実体的不服説は、「前審の裁判が確定することにより、その有する既判力その他の判決の効力によりならんらかの致命的な（すなわち、後訴をまっていたのでは救済されえないような）不利益をこうむる」場合<sup>(22)</sup>に上訴の利益があると見る見解である。従来の議論において上訴の利益を承認してきたすべての事案を統一的に説明できる見解として、有力に主張されている<sup>(23)</sup>。その論拠としては、当事者の申立てに画された形式的不服説には一定の限界があること<sup>(24)</sup>、上訴の利益の判断は、形式的不服説という原則・例外ともに、不利な判決効が生ずることになるのかどうかによって決せられていることを挙げる。この立場に対しては、次の対話続行利益説を別とすると、正面から批判するものは見あた

らないが、他方、この立場に明示的に与するものも少ない。<sup>(25)</sup> 形式的不服説と比較して結論に大差なく、基準としての明確性という点で形式的不服説の方がすぐれているという判断があるとの見方が強い。<sup>(27)</sup>

対話続行利益説は、<sup>(28)</sup>「審級をかえての相手方との訴訟による対論続行についての利益」<sup>(29)</sup>を上訴の利益とする見解である。原判決を作り出すに至った手続経過を重視する見解であり、いわゆる「手続保障の第三の波」論者によって提唱されている。その論拠は、従来の学説は、形式的・実体的不服説ともに、申立てと判決との関係でのみ自己責任を考えていた欠点があり、より訴訟追行の内実を反映させながら自己責任を考える必要があることを挙げる。<sup>(30)</sup> この見解によれば、全部勝訴者であっても、「すでに原審において設定された土俵（訴訟）の中で訴訟を行ってきたのであるから、その土俵を足がかりにしてさらに上級審での対話の輪を上げ、あるいは特定の事項について論争をさらに詰めていくことが当事者間の関係から正当化されるかどうかの問題であり、一概にそのような利益がないとは言いつれない」<sup>(31)</sup>とされる。この立場に対しては、上訴の利益の審理と本案審理との区別がつきにくくなり裁判所としては判断が難しくなること、技術論として上訴の適否のレベルで処

理することがどこまで可能かという疑問が示されている。<sup>(32)</sup>

三 さて、現在において支配的な形式的不服説ないしは新実体的不服説の考え方によれば、判決理由中の判断を不服とする上訴については、理由中の判断に既判力その他の判決効が生ずるかどうかが実質的な判断基準となる。<sup>(34)</sup> この点、既判力その他の判決効は、判決主文について生じ、理由中の判断については生じないのが原則であるから（民訴法一四一条一項）、これを嚴格に貫く限り上訴の利益は認められない。もつとも、その後の学説の展開は、なんらかの要件のもとで判決理由中の判断にも拘束力を認めるようになっていくことから、<sup>(35)</sup>これらの学説との関係で上訴の利益がどのように判断されるかは一つの問題である。理由中の判断にも拘束力が認められるとすれば、理由中の判断を不服とする上訴が認められるとも考えられそうである。

しかしながら、判決理由中の判断に拘束力を認める最近の学説も、理由中の判断を不服とする上訴までは認めていない。<sup>(36)</sup> たとえば、争点効の提唱者である新堂教授によれば、「訴訟の本来の目的たる主文の判断に不服がない以上は、その訴訟の決着をすみやかにつけることを第一義とすべきであり、そのために上級審の判断を受けられなかった判断については、むしろ審級の利益を保障する意味で、争点効

の発生をあきらめるのが穩当と思われるし、そのように解しても、争点効を認めるべき場合が激減するという<sup>(37)</sup>こともないからである」として、争点効を後退させたうえで、上訴の利益を否定される。また、信義則に基づく拘束力を提唱される竹下教授も、「理由中の判断が、将来、後訴において不利に作用するかも知れないというだけで、判決の結果に不服のない当事者にまで上訴の利益を認めることは、将来の不確定の後訴に備えるため、いたずらに前訴の終結を遅らせる結果となる<sup>(38)</sup>」として、上訴の利益の一般論を維持したうえで、上訴の可能性を有しなかった当事者に対しては拘束的効果を否定されている<sup>(39)</sup>。

このようにして、判決主文に関する紛争の迅速な解決を優先させ、上訴審の負担を増やすことは避けるべきとの考え方が有力であるが、このことは、他面において、判決理由中の判断に拘束力を認める意義を弱める可能性がある。すなわち、全部勝訴した者が理由中の判断を再び争うことは通常は考えにくいとしても、本件のように、全部勝訴の判決が自己に不利な事由を基礎としている場合には、その不利な理由中の判断を勝訴者が再び争うことが考えられる。上級審の判断を受けられなかった判断について拘束力は生じないとするれば、その結果、前訴で審理・判断された争点

は蒸し返されることになる<sup>(40)</sup>。

四 現在までの理論状況をもとに本判決を振り返ると次のようになる。まず、形式的不服説ないしは新実体的不服説を前提とする限り、判決理由中の判断を不服とする上訴は認められない。このことは、一般論として判決理由中の判断に拘束力を認める場合でも同じである。次に、これを本判決についてみると、上告人Yの不服は、甲土地の所有権移転の原因が売渡担保であったとの原審の認定に対するものであり、この点に関する判断は理由中の判断にあたる。したがって、当該判決理由中の判断を不服とする上訴について、上訴の利益を欠くと判示した本判決は支持することができる。

ところで、本件では、上訴要件の一つである上訴の利益を欠くのであるから、上告棄却ではなく、上告却下の判決がなされるべきであった<sup>(41)</sup>。この点、本判決は棄却判決を下しているが、これは、Yが敗訴した(口)または(ハ)の請求に対しては上訴の利益が認められ、上告そのものは適法とみられたからのものである<sup>(42)</sup>。しかし、このような処理は、複数請求訴訟において一つでも敗訴した請求があれば理由中の判断を不服とする上訴も常に許されることになり、上訴の利益を要求した意義が失われる。また、上訴審の審判

対象が当事者の不服申立ての範囲に限られることからすれば（民訴法二九六条一項、三〇四条参照）、その前提要件である上訴の利益も不服を申立てた請求についてののみ判断すれば足りるのであろう。上訴の利益は不服を申立てた請求につき存在することを要すると解するのが相当であり、その不存在が明らかになれば、上訴は不適法として却下すべきである。<sup>(45)</sup>

五 最後に、本件最高裁判決の検討とは別に、本件原審の処理に関して次のような指摘がなされていることに言及したい。すなわち、純粋の売買であったかという争点が続り返されるのは、判決の紛争解決機能からみると賢明ではないとの考えから、「本件でいえば、裁判所は、必要があれば釈明をして、残債務いくらの支払と引換えに移転登記手続を命ずる引換給付判決をすることになるであろう」との指摘である。引換給付判決であれば一部認容判決であるから両当事者に上訴の利益が認められることになる。

紛争解決の機能が低く後訴を招来する可能性の高い判決は避けるべきとの考え方は、今日の手続運営のあり方としては一般化しているようである。<sup>(46)</sup> もっとも、判決の紛争解決機能を判断するにあたっては、裁判所において、両当事者が背景として抱える利害関係の実質が、適切に把握され

ていなければならない。手続運営論的な事件処理を行うためには、両当事者の手続上の地位について緻密な調整が要求されるためである。<sup>(46)</sup>

本件における直接の争点は、甲土地の所有権移転の原因が売渡担保であったか純粋な売買であったかであるが、その背景には戦後の急激な地価高騰とインフレが介在している。<sup>(47)</sup> そのため、Yとしては、売渡担保と認定されれば、その判断に拘束力が生じないにせよ、後日Xから相対的に価値の下落した債務の弁済と引換えに地価の上昇した甲土地の返還を迫られることが予想される事案であった。原審において（イ）の請求につきYが全面勝訴したにもかかわらず、なお上訴するに至った動機はこの点にあったといえる。本件ではインフレによる被担保債権の名目額の合理的調整の手続こそ必要な場面であったとの指摘があるが、<sup>(48)</sup> そうだとすれば、そのような法的根拠のないわが国においては、訴訟による解決を判決主文にとどめ、和解による衡平な解決にさらに期待することが紛争解決機能に照らして適当であったと評価することもできる。<sup>(49)</sup> しかし、本件においては、Yは売渡担保の受戻権の消滅時期につき裁判所の判断を求めている面もうかがわれるのであって、この点につき裁判所の判断が示されることが紛争解決に重要な役割を果たし

たとも考えられる。そうであるならば、原審としては、一部認容判決である引換給付判決をすること、Yに最高裁での判断を仰ぐ余地を与えることが適当であったように思われる。

(1) 本判決の調査官解説として、三淵乾太郎「判解」最判解民昭和三二年度四一頁。本件評釈・解説として、兼子一「判批」法協七四卷三九八頁(一九五七)、中務俊昌「判批」民商三四卷六号四二頁(一九五七)、雷島甲一「判批」民事訴訟法判例百選(第二版)二六〇頁(一九八二)、上野泰男「判批」民事訴訟法判例百選II(新法対応補正版)四〇六頁(一九九八)、宇野聡「判批」小林秀之編『判例講義民事訴訟法』二七五頁(悠々社・二〇〇一)、高橋宏志「判批」民事訴訟法判例百選(第三版)二二二頁(二〇〇三年)がある。また、上野泰男「判例に現われた形式的不服概念の問題点」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴(上)』三三五頁(有斐閣・一九八〇)参照。

(2) 大判昭和十六年五月二八日評論三〇卷民訴二七一頁は、建物取去土地明渡請求を棄却した原判決に対して原審での勝訴者が理由中の判断を不服として上告した事案において、「上訴ノ申立ハ敗訴者即原裁判ニ依リ不利益ヲ受ケタル当事者カ自己ノ有利ニ原裁判ノ取消又ハ変更ヲ求ムル申立ニシテ右ノ不利益ヲ受ケタリヤ否ヤハ専ラ原裁判ノ主文ニ依

リテ之ヲ決スヘキモノトス故ニ仮令其ノ理由ニ付不服ノ点アリトスルモ主文ニ於テ不利益ナキ以上ハ上訴ヲ為スコトヲ得ス」と判示して上告の利益を否定した。大判昭和十八年十二月三日民集二二卷一二五四頁も、離婚請求を認容した第一審判決に対して原告が理由中の判断を不服として控訴した事案において、控訴の利益を否定している。

(3) 最高裁においては、本判決以前においても、理由中の判断を不服とする上訴を認めない趣旨の判例がみられる(最判昭和二十八年二月一七日裁判集民一一号二六三頁)。ただし、上訴の利益に関して意識的に論じるものではなく、これをリーディングケースと位置づけるべきではないと解する。

(4) 小山昇『民事訴訟法(五訂版)』五四六頁、五七一頁(青林書院・一九八九)、新堂幸司『新民事訴訟法(第三版)』八〇九頁、八三〇頁(弘文堂・二〇〇四)、松本博之『上野泰男『民事訴訟法(第3版)』六一九頁、六三六頁(上野泰男)(弘文堂・二〇〇三)、上田徹一郎『民事訴訟法(第四版)』五七四頁(法学書院・二〇〇四)、伊藤眞法『民事訴訟法(第3版)』六三六頁(有斐閣・二〇〇四)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)』四五八頁(有斐閣・二〇〇四)など参照。なお、本件は上訴の利益のうち、上告の利益が問題になった事案であるが、控訴の利益を含む上訴の利益一般についての先例とみることは異論がない。

- (5) 大審院時代の判例については、小室直人「上訴要件の一考察―その不服について―」同「上訴制度の研究」一三頁注(19)。(有斐閣・一九六一)(初出・法雑六卷一号(一九五九))、小室直人「上訴要件に関する判例総合研究」同「上訴・再審」四三五頁(信山社・一九九九年)(初出・民訴一〇号(一九六三))に詳しい。また、上野・前掲注(1)三一八頁以下参照。
- (6) 最判昭和三年一月一日民集一一卷一二号一八四二頁は、本判決を引用して判示する(ただし附帯上告の事案)。最判昭和三年四月二日裁判集民六〇号一五三頁、最判昭和三年八月三〇日裁判集民六七号三六九頁においても、形式的不服説にしたがった処理がなされている。
- (7) 現在までの裁判例については、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(6)』一九頁(小室直人)(第一法規出版・一九八〇)、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法(III)』一九頁以下(日本評論社・一九八六)、斎藤秀夫ほか編『(第2版)注解民事訴訟法(9)』三四頁、四八頁注(14)(小室直人・東孝行)(第一法規出版・一九九六)、谷口安平・井上治典編『新・判例コンメンタール民事訴訟法6』二〇頁以下(小島武司・豊田博昭)(三省堂・一九九五)参照。
- (8) 同判決はその理由として、第一審を取消・差戻した控訴審判決については、裁判所法四条に基づいて、その取消の理由となった判決理由中の判断につき拘束力が生じることを挙げる(最判昭和三〇年九月二日民集九卷一〇号一八九七頁参照)。なお、本件では、上告理由が取消の理由となった拘束力ある判断の違法をいうものではないとして、上告の利益が否定されている。同判決の調査官解説として、柳川俊一「判解」最判解民昭和四五年度七頁。本件評釈・解説として、小室直人・上野泰男「判批」民商六三卷四号九〇頁(一九七二)、加藤修「判批」法研四四卷六号一八八頁(一九七二)、花村治郎「判例民事上訴法」一五八頁(成文堂・一九九二)(初出・続民事訴訟法判例百選(一九七二))。
- (9) 同判決は、黙示の一部請求についての判決が確定すると残部請求が許されなくなると解されるので(最判昭和三年六月七日民集一一卷六号九四八頁参照)、債権者に残額を請求する機会を与えるため、例外的に請求拡張のため控訴の利益を認めるのが相当であるとする。これは、人訴法二五条、民執法三四条二項のように法律上別訴の提起が禁止されている場合、判決が確定すると関連請求をする機会を奪われることから、同一訴訟手続内での主張の機会を与えるため、例外的に訴えの変更または反訴の提起をなすための控訴の利益を認めるべきであるとの考え方を推し進めたものである。本件評釈・解説として、信濃孝一「判批」平成元年度主判解二九二頁(一九九〇)、三木浩一「判批」法研六三卷六号一三二頁(一九九〇)、花村・前掲

- 注(8)七〇頁(初出・判評三八八号(一九九一)、坂口裕英「判批」民事訴訟法判例百選Ⅱ(新法対応補正版)四〇八頁(一九九八))。
- (10) 前掲最判昭和四五年につき、柳川・前掲注(8)一九頁、小室Ⅱ上野・前掲注(8)九五頁、花村・前掲注(8)一六二頁。前掲名古屋高金沢支判令平成元年については、判旨において例外的位置づけであることに言及されている。なお、信濃・前掲注(9)二九三頁、花村・前掲注(8)七五頁参照。
- (11) 高橋・前掲注(1)二二三頁。
- (12) 学説の状況については、小室・前掲注(5)『研究』一四頁以下、斎藤編・前掲注(7)二六頁以下(小室)、菊井Ⅱ村松・前掲注(7)一九頁以下、兼子一ほか『条解民事訴訟法』一一五〇頁以下〔松浦馨〕(弘文堂・一九八六)、齋藤ほか編・前掲注(7)三二頁以下(小室Ⅱ東)、鈴木正裕Ⅱ鈴木重勝編『注釈民事訴訟法(8)』二九頁以下(鈴木重勝)(有斐閣・一九九八)、福永有利「控訴の利益」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』七六二頁以下(有斐閣・二〇〇二)に詳しい。また、菊井維大「上訴制度」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第三卷』八五六頁(有斐閣・一九五五)、江藤价泰「控訴の利益」中田淳Ⅱ三ヶ月章編『民事訴訟法演習Ⅱ』九四頁(有斐閣・一九六四)、林屋礼Ⅱ「上訴の利益」民事訴訟法の争点二八八頁(一九七九)、上野泰男「上訴の利益」鈴木忠Ⅱ三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座3』二二三頁(日本評論社・一九八二)、春日偉知郎「控訴」三ヶ月章ほか編『新版民事訴訟法演習2』一一二頁(有斐閣・一九八三)、鈴木重勝「上訴の利益」林屋礼Ⅱ小島武司編『民事訴訟法ゼミナール』三五頁(有斐閣・一九八五)、栗田隆「上訴を提起できる者」新堂幸司編『講座民事訴訟⑦』五六頁(弘文堂・一九八五)、後藤勇「控訴の利益」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』七七三頁(青林書院・一九八七)、上野泰男「上訴の利益」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』二八六頁(有斐閣・一九八八)、中西正「上訴の利益と附帯上訴」民事訴訟法の争点(新版)三三〇頁(一九八八)、山田文「上訴の利益と附帯上訴」民事訴訟法の争点(第3版)二九〇頁(一九九八)、宇野聡「控訴」鈴木重勝Ⅱ上田徹一郎編『基本問題セミナー民事訴訟法』四〇九頁(一粒社・一九九八)等参照。
- (13) 山田正三『判例批評民事訴訟法第一卷』二一五頁(弘文堂書房・一九二三)、加藤正治『民事訴訟法判例批評集第一卷』四一六頁(有斐閣・一九二六)、細野長良『民事訴訟法要義第四卷』二九九頁(巖松堂書店・一九三四)、加藤正治『新訂民事訴訟法要論』四六六頁、四九一頁(有斐閣・一九四六)、河本喜與之『新訂民事訴訟法提要』三七九頁(法文社・一九四九)。なお、雉本朗造『判例批評録第一卷』三七〇頁(弘文堂書房・一九一七)は、不服不

要説として分類されることがあるが、その帰結は旧実体的不服説とほぼ同じである。

(14) すなわち、統審制を採用している控訴審のもとでは、第一審で全部勝訴した原告も控訴審で訴えを変更して控訴審の口頭弁論終結時における事実関係に基づき第一審判決よりもより有利な判決を得る可能性があるのであって（民法二九七条、一四三条）、その可能性を否定する必要はないとする。なお、加藤・前掲注(13)、『批評集』四一六頁以下では、この理由に加えて、実際上の便宜、敗訴者との権衡が挙げられている。

(15) 小室・前掲注(5)、『研究』一四頁、二五頁参照。

(16) この点、認められないとするのは、加藤・前掲注(13)『要論』四六六頁、河本・前掲注(13)三七九頁。

(17) 加藤・前掲注(13)『要論』四九一頁によれば、原則として上告の利益はないが、原審の全部勝訴者も原審の弁論終結後の法令の改廃によってより有利な判決を求め得ることがあるとして、この場合には上告の利益が認められるとする。

(18) 戦後、旧実体的不服説に与するとみられるのは、住吉博『民事訴訟読本（第二版）続巻』七三七頁以下（法学書院・一九七七）。この見解は、附帯控訴の場合には請求の変更・拡張のための控訴が許されている（最判昭和三二年一月一三日民集一一卷一三号二一四三頁参照）こととの

権衡から、形式的不服説を批判する。ただし、理由中の判断を不服とする上訴の適否については明らかではない。

(19) 兼子一『民事訴訟法概論』四八二頁（岩波書店・一九三八）、菊井・前掲注(12)八五六頁、兼子一『新修民事訴訟法体系』四四〇頁（酒井書店・一九五六）、小室・前掲注(5)、『研究』二九頁、齋藤編・前掲注(7)二〇頁（小室）、伊東乾「上訴要件」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴(上)』三一〇頁（有斐閣・一九八〇）、小室直人「上訴の不服再論」同『上訴・再審』三頁（信山社・一九九九）（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・一九八一））、菊井・前掲注(7)二二頁、三ヶ月章『民事訴訟法（第3版）』五二五頁（弘文堂・一九九二）、齋藤ほか編・前掲注(7)三六頁（小室・東）、新堂・前掲注(4)八〇八頁ほか多数。

(20) 小室・前掲注(5)、『研究』二九頁、齋藤編・前掲注(7)二〇頁（小室）、伊東・前掲注(19)三〇九頁、三二二頁、小室・前掲注(19)三頁、栗田・前掲注(12)七七頁、齋藤ほか編・前掲注(7)三五頁（小室・東）参照。

(21) 形式的不服説の多数によって承認されている例外としては、①一部請求を全部認容する判決の場合に、残部請求の遮断から原告を救うために、例外的に請求拡張のための上訴を原告に認めるとするもの、②相殺の抗弁を認めて請求を棄却した判決に対して被告が上訴することを認めるも

の、③原判決の取消を求めた控訴人が、取消・差戻判決の取消理由に不満があるとして上告することを認めるもの、④別訴禁止規定があるために、控訴して訴えの変更ないし反訴をしておかないと失権してしまう場合が挙げられる。以上につき、福永・前掲注(12)七六三頁。

(22) 上野・前掲注(12)『新実務民訴』二三四頁。

(23) 上野・前掲注(1)三四二頁、上野・前掲注(12)『新実務民訴』二四八頁、上野・前掲注(12)『特別講義』二九三頁、松本(上野・前掲注(4)六二〇頁〔上野〕)。

(24) そのような場面として、自己に最も有利な申立てをするのが当事者に期待できない場合や、自己に最も有利な申立てをしても、申立ての範囲をこえて不利な判決効が生じてくる場合が挙げられる。上野・前掲注(12)『特別講義』二八九頁。

(25) 形式的不服説の立場から新実体的不服説を評価するものとして、栗田・前掲注(12)七六頁、高橋・前掲注(4)四五六頁。また、鈴木(正)・鈴木(重)編・前掲注(12)三三三頁〔鈴木(重)〕では、新実体的不服説がやがて形式的不服説にとって代わることが示唆されている。

(26) このことは新実体的不服説の論者によっても認められている。「控訴の利益」井上治典(高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』一五一頁〔上野泰男発言〕(有斐閣・一九九三)参照。

(27) 鈴木(正)・鈴木(重)編・前掲注(12)三〇頁〔鈴木(重)〕、福永・前掲注(12)七七二頁参照。

(28) 学説の名称については、鈴木(正)・鈴木(重)編・前掲注(12)三三頁〔鈴木(重)〕によった。

(29) 井上治典『控訴の利益(1)』新堂幸司ほか編『演習民事訴訟法2』三五八頁(有斐閣・一九八五)。また、井上治典『上訴の利益』井上治典ほか『これからの民事訴訟法』三二六頁(日本評論社・一九八四)、井上治典『控訴の利益』を考える。同『民事手続論』一八七頁(有斐閣・一九九三)(初出・判タ五六五号(一九八五))参照。

(30) 相手方当事者との間で訴訟による対話的手続を続行していくために控訴審があるという、将来に眼を向けた、しかも当事者相互間で手続自体を実施する利益があるかどうかに重点を置いた見方が必要であるとされる。井上・前掲注(29)『民事手続論』一八七頁。

(31) 井上・前掲注(29)『これからの民事訴訟法』三二九頁。同三三〇頁によれば、当事者の自己責任を問えないような事実経過がある場合には上訴の利益が認められる。

(32) 論者の側からの疑問および意見として、井上・前掲注(29)『これからの民事訴訟法』三三四頁以下参照。また、この見解は、上訴審の充実・負担軽減に関する理論上および実践上の問題を上訴の利益論に取り込もうとするものであるが、立法的手当てがなされた平成八年改正法の下では

(12) 二九一頁、高橋・前掲注(4)四六〇頁参照。  
 (13) 各学説の当否については本稿の対象としないが、考え方としては、結論に差異がない以上、形式的不服説と新実体的不服説の優劣を論ずることは、説明の巧拙を明らかにするにとどまるものであつて、あまり生産的ではない。むしろ問題は、両説が前提としてきた例外事案の適否にあるように思われる(例えば、前掲名古屋高裁金沢支部平成元年一月三〇日判時一三〇八号一二五頁)。仮に不適切な事案があるとすれば、不利な判決効が生ずるかどうかという従来の判断基準について、再検討ないしは精緻化が求められることになるであろう。対話続行利益説に関しては、注(32)参照。

(34) 小室・前掲注(19)二頁、上野・前掲注(12)『特別講義』二九五頁参照。

(35) 学説の状況については、兼子ほか・前掲注(12)六一六頁以下(竹下守夫)、新堂・前掲注(4)六四四頁以下、山本弘「判決理由中の判断の拘束力」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』六四三頁以下(有斐閣・二〇〇二)に詳しい。

(36) 井上・前掲注(29)『これからの民事訴訟法』三三〇頁はこれに否定的である。対話続行利益説においては、判決

理由中の判断の拘束力は、対話続行利益を判断する考慮要素の一つと思われるが、論者によれば、理由中の判断に拘束力を認める立場では、原則的には上訴の利益を認めるべきであるとされる。

(37) 新堂・前掲注(4)六五九頁。

(38) 竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯(下)』一〇七頁(有斐閣・一九七八)。

(39) 理論としては、判決理由中の判断の拘束力を肯定し、これを根拠として上訴の利益を肯定する立場も考えられる(ドイツでの議論について、小室・前掲注(19)一五頁参照)。しかし、既に指摘されているとおり、このような立場では、後に判決理由中の判断に拘束されることへの懸念から、上訴審における当事者および裁判所の負担を増大させることが予想される。判決理由中の判断の拘束力も、民法訴訟一四條の趣旨に反しない限りで認められるものであることからすると、ここでは拘束力を否定するのが相当と考えられる。また、判決理由中の判断の拘束力を維持しながら、上訴の利益は否定するとの立場も考えられる。ただし、この考え方をとる場合には、上訴の利益の判断基準について現在の多数説を維持することは困難であり、なんらかの修正を要することになるであろう。

(40) 本研究会では、全部勝訴の判決がそのまま確定すると、

勝訴当事者に対して争点効または信義則に基づく拘束力は常に生じないことになるのではないかと疑問が示された。矛盾挙動の禁止による拘束力が生じる余地はあるが（この場合、上訴可能性は要件とされないことにつき、竹下・前掲注38）一〇八頁参照）、勝訴当事者が前訴と一貫した態度で争う限りは拘束力は生じないと考えられる。

- (41) 現行法においては、補正の見込みはないとして原裁判所による上告却下（民訴法三一六条一項）となる。高橋・前掲注（一）二二三頁。また、中務・前掲注（一）五〇頁、霜島・前掲注（一）二六〇頁、上野・前掲注（一）四〇七頁参照。
- (42) 三淵・前掲注（一）四一頁。本判決が下された当時においては、現在と異なり、訴えの利益や当事者適格を欠く場合には、却下判決ではなく棄却判決を下すという実務がとられていた（岩松三郎兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第二巻』五三頁（有斐閣・一九五八）参照）。上訴の利益を欠く本件もこれに準じて処理されたとの見方も成り立つてあろうが、本件調査官の認識はこれとは異なる。
- (43) 上野・前掲注（一）四〇七頁によれば、上告の利益は客観的に存在することだけではなく、その主張があることもまた上訴要件と見るべきであるとされる。

(44) 高橋・前掲注（一）二二三頁。

(45) 高橋・前掲注（一）二二三頁参照。また、齋藤秀夫「申立事項と判決事項」中田淳一 三ヶ月章編『民事訴訟法演

習Ⅰ』一六〇頁（有斐閣・一九六三）、新堂幸司「条件付給付判決とその効果」同『訴訟物と争点効（上）』一八三頁（有斐閣・一九八八）（初出・民訴一〇号（一九六三））参照。

(46) 一部請求論の文脈において、三木浩一「一部請求論について―手続運営論の視点から―」民訴四七号三一頁（二〇〇一）参照。

(47) 本件上告理由、霜島・前掲注（一）二六〇頁参照。

(48) 霜島・前掲注（一）二六一頁。

(49) 霜島・前掲注（一）二六一頁参照。

(50) 本判決が下された当時においては、この問題に関する先例はなかった。最高裁の判断が示されたのは、最判昭和六二年二月二日民集四一巻一号六七頁。

川嶋 隆憲