

1 民事訴訟法特論講義

関西大学法学部教授

栗田 隆

第9回 (目次)

1. 控訴(2)

2 控訴提起の効果

- 控訴が提起されると、控訴審における審理・裁判の論理的前提として、次の効果が生ずる。
 1. **確定遮断効(確定防止効)** 控訴期間内に控訴が提起されると、判決の確定は遮断される(116条2項)。
 2. **移審効** 控訴提起により事件は控訴審に係属する。このような上訴の提起に伴う訴訟係属の移転を移審という。

3 控訴不可分の原則

- 控訴の提起に当たっては、判決のどの部分を取り消すべきかを特定する必要はなく、また、相手方も附帯控訴により判決の取消しを申し立てる余地があるので、控訴提起により判決全体の確定が遮断され、事件が控訴審に移審すると構成される。これを控訴不可分の原則という。
- 通常共同訴訟の場合には、当事者が異なれば、控訴不可分の原則は働かない。
- 必要的共同訴訟や独立参加訴訟の場合には、判決の合一的確定を保障するために、当事者の相違を越えて控訴不可分の原則が及ぶ。

4 控訴不可分の原則 (設例1)

5 控訴不可分の原則 (設例2)

6 控訴不可分の原則が妥当しない場合

7 控訴の却下(290条)

- 控訴が不適法な場合には、控訴裁判所は、判決により控訴を却下する。
- 控訴が不適法で、その補正の余地がない場合には、口頭弁論を開くことなく却下することができる。
- 補正の余地がある場合には、口頭弁論を開いて補正の機会を与え、補正されなければ控訴を却下する。
- 控訴が却下されると原判決が確定する。

8 決定による却下(291条)

- 期日の呼出し費用は、控訴人が予納する。その予納がない場合には、問題の手続的性質を考慮して、決定で控訴を却下する。
- この決定については、相手方に異議のないこと(141条1項)は要件とされていない。

9 控訴の取下げ(292条)

- 控訴提起の意思表示を撤回する行為を控訴の取下げという。
- 控訴が取り下げられると、原判決が確定する。
- 控訴の取下げには相手方の同意は必要ない(292条2項における261条2項の不準用)。

10 控訴の取下げに準用される規定(292条2項)

- 261条3項 控訴の取下げは書面で行わなければならない。ただし、口頭弁論、弁論準備手続又は和解の期日においては、口頭であることを妨げない。
- 262条1項 控訴の取下げがあった場合には、控訴は初めから提起されなかったものとみなされ、原判決が確定する。
- 263条 当事者が口頭弁論の期日を懈怠したときは、控訴の取下げが擬制される。

11 附帯控訴

12 附帯控訴制度の趣旨

- 附帯控訴の制度がなければ、原判決が両当事者に不満を与えるものである場合に、両当事者とも、相手方が控訴した場合に自分が不利な立場に立つことを恐れて、ひとまず控訴し、相手方が控訴を提起しないことを確認してから自分の控訴を取り下げることになりやすい。これでは、 unnecessary 控訴が誘発される。
- 第一審判決により紛争を終了させようとして控訴を提起しなかった当事者（平和を愛した当事者）が控訴を提起した相手方よりも不利な立場に立たないようにするために、附帯控訴の制度が設けられた。

13 武器平等の原則の発現としての附帯控訴

- 附帯控訴は、一方のみが控訴を適法に提起した場合に、他方も平等に原判決の変更を求めることができるとする制度であり、「武器平等の原則」の一つの現れである。
- 控訴審で平等に武器を与えられるので、自分から先制攻撃（控訴）する必要はない。これにより unnecessary 控訴が抑止される。

14 附帯控訴は控訴ではない

- 附帯控訴は、原判決に対する被控訴人の不服申し立てである。
- 附帯控訴は、相手方の控訴により判決の確定が遮断され、事件が控訴裁判所に移審していることを前提にするので、確定遮断効も移審効もなく、したがって控訴ではない。

15 附帯控訴の従属性（293条2項）

- 附帯控訴は、控訴が取り下げられた場合、あるいは控訴が却下された場合には、効力を失う（293条2項）。
- 但し、附帯控訴が控訴期間内に提起され、控訴の要件を備える場合には、独立の控訴として扱われる。これを独立附帯控訴という。控訴審での審理を続行するか否かは、独立附帯控訴人の意思にゆだねられる。

16 附帯控訴の方式

- 附帯控訴については、控訴に関する規定が適用されるが（293条3項1文）、控訴がすでに提起されているので、附帯控訴状は控訴裁判所に提出してすることができる（293条3項2文）。
- 「附帯控訴状」という標題の付されていない書面（例えば準備書面）において、具体的取消申立が記載されている場合には、形式にとらわれることなく、その書面も附帯控訴状として取り扱うべきである（最高裁判所昭和49年7月22日判決・金融法務事情733号31頁）。

17 控訴審における新請求との関係

18 見解の対立

- A) 附帯控訴必要説 原判決と異なる内容の判決を求めるためには附帯控訴が必要であり、このことは控訴審における新請求にも妥当し、附帯控訴が293条により効力を失えば新請求の訴訟係属も当然に失われる。
- B) 附帯控訴不要説 被控訴人の原判決変更の申立は、有効な附帯控訴を前提にするが、それは、原判決で裁判された事項について原判決の内容の変更を求める申立であると理解すべきである。控訴審における新請求は、原判決で裁判されておらず、附帯控訴の範囲には含まれず、附帯控訴は不要である。控訴が却下されあるいは取下げられても、新請求についての審判要求は当然には効力を失わず、控訴審はそれについて審判することができる。

19 附帯控訴不要説を支持すべきである。

- かつては附帯控訴不要説が主流であったが、現在は必要説が多数説となっている。
- しかし、当事者が判決を求めれば、裁判所をそれに応えるのが原則であり、この原則は控訴審における新請求にも妥当する。相手方の控訴取下げの一事により新請求についての訴訟係属が消滅するのは不当である。この価値判断に適合するのは、附帯控訴不要説である

- 20 控訴人の新請求
- 控訴人の新請求についても、被控訴人の応訴の利益（当該請求について自己に有利な判決を得る利益）を擁護する必要がある。
 - その擁護のために、控訴の取下げによっては当然には訴訟係属は消滅せず、訴えの取下げが必要であるとすべきである。
- 21 第一審判決についての仮執行宣言（294条・295条）
- 22 仮執行宣言に関する裁判に対する不服申立て
- 294条の仮執行の申立てを却下する裁判に対しては、即時抗告することができる（295条但書）。迅速な権利の実現について原告が有する利益を尊重してのことである。
 - 他方、これ以外の仮執行に関する控訴審の裁判に対しては不服を申し立てることができない。
 1. 294条に基づく仮執行宣言の決定
 2. 第一審判決中の仮執行に関する裁判のみを変更する控訴審の裁判
- 23 口頭弁論による審理の原則と例外
- 原則 控訴が適法な場合には、口頭弁論期日を開いて審理する。
 - 例外 不適法なことが明らかであって当事者の訴訟活動により適法とすることが全く期待できない訴えについては、控訴が適法でも口頭弁論を開かずに控訴を棄却できる。（最判平成8.5.28・判例時報1569号48頁）。
 1. 第一審においては、被告とされた者の負担軽減のために、訴状を被告に送達することなく訴えを140条により却下することが許される。第一審判決の正本を被告に送達することも必要ない。
 2. この判決に対して控訴が提起された場合には、控訴状を被告に送達することなく控訴を棄却することができる。
- 24 口頭弁論の範囲（296条）
- 処分権主義により、控訴審の審理裁判の範囲は、当事者の不服申立により定まる。
 - 296条1項にいう、「第一審判決の変更を求める限度」は、304条の「不服申立ての限度」と同じである。
- 25 口頭弁論の範囲（296条）（設例）
- 26 続審主義（296条2項・298条）
- 控訴審においては、次の資料に基づいて第一審判決の当否を判断する。
 1. 第一審で収集された資料
 2. 控訴審で収集された資料
 - 控訴審における審理は、第一審の審理の続行である。
 1. 第一審における訴訟行為は、控訴審においても効力を有する（298条1項）。
 2. しかし、裁判官は交代しているので（23条1項6号参照）、「当事者は、第一審における口頭弁論の結果を陳述しなければならない」（296条2項）。第一審における弁論の更新（249条2項）と同趣旨である。
- 27 攻撃防御方法の提出（298条2項・299条・301条） - 新資料提出権
- 当事者は、控訴審において新たな資料を提出することができる（原審の口頭弁論終結前から存在する未提出資料でもよい）。
 - 但し、原審における審理を充実させて審級制度をよりよく機能させるために、攻撃防御方法の提出の適時性は、第一審の訴訟経過を含めて判定される。
 1. 時機に後れた攻撃防御方法であるか否かは（157条）、第一審の訴訟経過を含めて判断される。
 2. 第一審でなされた争点整理手続の効果としての説明義務は、控訴審においても存続する（298条2項）。
- 28 攻撃防御方法の提出期間の設定（301条）
- 控訴審の裁判長は、当事者の意見を聴いて、控訴審における新たな攻撃防御方法の提出をすべき期間を定めることができる。
 - この期間を懈怠した者は、説明義務を負う。
- 29 控訴審における新訴の提起（297条・143条以下・300条・301条）
- 訴訟の途中で紛争実体に変化する場合があり、また、実体は同じでもよりよい解決のために請求を変更するのが適当な場合もあるので、控訴審においても新訴の提起が許される。（297条による143条以下の

準用)

1. 訴えの変更 (143条)
 2. 反訴の提起 (146条・300条1項2項)
 3. 選定者に係る請求の追加 (144条・300条3項)
- 控訴審における審理を迅速に進めるために、裁判長は、当事者の意見を聴いて、訴えの変更等をすべき期間を定めることができ、この期間を懈怠した者は、説明義務を負う (301条)。

30 控訴審における反訴の提起

- 反訴の提起の要件は、訴えの変更の要件よりも緩やかであり、第一審での審理内容と関連性の低い場合があるので、相手方の同意が要求されている (300条1項)。相手方が異議を述べずに反訴の本案について弁論をしたときは、反訴の提起に同意したものとみなされる (300条2項)。
- 但し、原告の訴え変更については被告の同意が要求されていないこととのバランス上、反訴請求が本訴請求と基礎を同一にする範囲では、反訴の提起には原告の同意は必要ないとすべきである。反訴請求が本訴請求と関連する場合がそうである。

31 控訴審における反訴の提起(設例1)

32 控訴審における反訴の提起(設例2)

33 選定者に係る請求の追加(設例)

34 選定者に係る請求の追加

- 選定者に係る請求の追加も、控訴審においては、相手方の同意が必要とされ、また、反訴の場合と同じ要件の下で同意が擬制される (300条3項)。
- この場合の新請求には、第一審で審理されていない重要な争点が含まれていることがあり、相手方の審級の利益を保護する必要があるからである。
- たとえば、前掲の例では、追加請求に係る選定者がバスの乗客であったか、どのような損害が生じたかが争点となりうる。

35 控訴審における裁判の対象

- 控訴審における直接の裁判の対象は、次の2つである。
 1. 原判決に対する不服申立て
 2. 控訴審における新訴
- 後者については、控訴裁判所は第一審裁判所と同じ立場に立つ。

36 処分権主義 (不利益変更禁止・利益変更禁止の原則) (304条)

- 控訴審においても、処分権主義が妥当する。すなわち、審理裁判の対象は当事者が特定し、当事者が求める範囲で原判決は変更される。このことから、次の2つの原則が導かれる。
 1. **利益変更禁止の原則** 控訴裁判所は、各当事者が申し立てた以上に原判決をその者に有利に変更してはならない。
 2. **不利益変更禁止の原則** 控訴裁判所は、相手方からの控訴または附帯控訴がない限り、原判決を控訴人に不利に変更してはならない。

37 不利益変更禁止 (設例)

(参考判例 最高裁判所平成11年3月25日第1小法廷判決)

38 控訴審の裁判

- 不服申立の可否は、控訴裁判所が訴えについてなされるべきであると考えられる判決内容と原判決の内容とを比較してなされる。
 1. 原判決は不服申立人に有利な方向で変更されるべきであると判断されると、取り消される。原判決が取り消されると訴えに対する応答(判決)がなくなるので、原則として控訴審が自ら判決し、例外的に第一審に判決させるために差し戻しまたは移送する。
 2. 原判決を取り消す必要がなければ、控訴は棄却される。

39 控訴審の裁判の対象 (おおまかな図解)

40 取消しと変更

- 304条の「取消し及び変更」にいう「変更」は、原判決の取消後になされるべき判決内容を指す。

- 例えば、控訴人（被告）が「原判決を取り消す、原告の請求を棄却する、との判決を求める」と述べている場合には、「原告の請求を棄却する」の部分が「変更」に該当する。
- この意味での変更の申立は、理論的に突き詰めて考えれば、必ずしも必要はない。
- それでも、304条および特に296条を考慮すれば、被告は原判決取消後になされるべき判決内容を特定すべきである。

41 取消しと変更（おおまかな図解）

42 主文の記載が複雑になる場合

- 一部認容などの場合に、上記の論理に従って主文を構成したのでは主文の記載が複雑になり、わかりにくくなる場合がある。
- その場合には、「原判決を次のように変更する。・・・」と記載する（この場合には、「原判決を取り消す」の文言は不要）。

43 請求の減縮がある場合

- 控訴審で原告（被控訴人）が請求を減縮し、その結果原判決の内容の一部が効力を失った場合には、その点を明確にするために、判決主文において、例えば「被控訴人の請求の減縮により、原判決主文第1項は、次のとおり変更された。・・・」と記す。

44 控訴棄却（302条）

- 第一審判決が既判力の生ずる部分について正当であると判断するときは、控訴裁判所は、控訴を棄却する。
- 原判決の理由中の判断に誤りがあっても、既判力の生ずる判断に変更がなければ、原判決を変更する必要はなく、控訴を棄却する。

45 控訴棄却か、原判決取消しか

46 控訴認容（304条 - 309条）

- 控訴裁判所が、控訴人または附帯控訴人の不服申立を正当と判断する場合には、不服申立の限度で原判決を取り消す。取消原因は、次の2つに大別される。
 1. 原判決の内容的不当 既判力の生ずる事項について原判決の判断が誤っている場合には、そのことを理由に原判決を取り消す。
 2. 手続違背 第一審の手続に重要な法律違反がある場合には、判決内容の当否にかかわらず、原判決を取り消さなければならない。

47 手続違背

- これは、更に次の二つに分かれる。
 1. 判決の手続の法律違反（306条）
 2. その他の手続上の法律違反（308条2項）

48 判決の手続の法律違反（306条）

- これは、判決の成立過程（評決手続、判決書作成手続、言渡手続）の違法を指す。
- 例えば、除斥原因のある裁判官が裁判に関与した場合、判決原本に基づいて言い渡すべき場合に判決原本を作成することなく言い渡した場合（312条2項も参照）。
- この種の違反がある場合には、たとえ判決内容が正当であっても必ず取り消した上で、その違反が当事者の審級の利益を害する重要なものであるか否かにしたがって、差戻しまたは自判をする。
- 判決の手続に瑕疵があっても、瑕疵が軽微である場合には、取り消さなくてもよい。例えば、判決言渡期日の通知（規則156条）を懈怠した場合。

49 訴えに対する応答義務の復活

- 原判決が取り消されると、その部分について訴えに対する裁判所の応答義務が復活する。この応答は、次の3つの裁判所のいずれかでなされる。
 1. 控訴裁判所自身 控訴裁判所は、原判決の当否を判断する過程で、訴えの適否及び請求の当否について判断しているのが通常であるから、控訴裁判所自身が訴えに応答することができる（自判）。
 2. 原判決をした裁判所（307条・308条1項）
 3. 専属管轄権を有する他の裁判所（309条）

50 必要的差戻（307条）

- 訴えを不適法として却下した第一審判決を取り消す場合には、控訴審は事件を第一審裁判所に差し戻す。当事者の審級の利益を擁護するためである。

- 例えば、第一審が有効な仲裁契約の存在を認めて、訴えを不適法として却下したが、控訴審は、仲裁契約は無効であり原判決は取り消されるべきであるとの判断を固めた場合には、その時点で口頭弁論を終結し、請求についての審理裁判を第一審裁判所にさせる。

51 必要的差戻の例外（307条但書き）

- 却下の理由となった訴訟要件の問題が本案の問題と密接に絡んでいるため、第一審が訴えを却下していても実質的に見れば本案の審理・判断がなされていると考えられる場合には、控訴審は、原判決を取り消して、自ら本案について判決することができる。

52 任意的差戻（308条）

- 307条に該当しない場合でも、当事者の審級の利益を守るために第一審でさらに審理・裁判をすることが必要である場合には、裁判所の裁量により事件を原審に差し戻すことができる。
 1. 訴訟手続の法律違反 弁論終結後の判決成立過程の違法は、306条の問題となるので、それ以外の手続上の違法が308条2項の対象となる。
 2. その他 たとえば、第一審の法解釈が不当であるために、正当な解釈に従った場合に審理されるべき事項の審理がまったく不十分である場合。

53 差戻審における審理・裁判

- 差戻審は、控訴審の判断（取消理由）に拘束される（裁判所法4条）。
- 差戻審は、差戻前の第一審と控訴審の続審であり、当事者の従前の訴訟行為は明示的または黙示的に取り消されていない限り効力を有する（308条2項に注意）。
- 当事者がこれまでに提出した事実と証拠も差戻審における裁判の基礎資料となるが、裁判官が交代しているので、弁論の更新（従前の弁論の結果陳述）が必要である。

54 控訴審の判決における仮執行宣言（310条）

- 控訴審は最後の事実審であること、金銭債権については不当執行がなされても理念的には原状回復が比較的容易であることを考慮して、金銭給付請求について仮執行宣言の特則が設けられている。
- 控訴審は、申立てがあるときは、仮執行宣言が不必要であると認める場合を除き、無担保で仮執行できることを宣言しなければならない。
- この仮執行宣言の裁判に対しては、不服を申し立てることができない（295条）。

55 債務名義となる裁判

- 第一審の請求棄却判決を取り消して控訴審が給付判決をする場合には、控訴審判決が債務名義になる。
- 第一審の請求認容判決に対する控訴を棄却する場合には、第一審判決が債務名義になり、控訴審は控訴棄却判決の中で、第一審判決を仮に執行することができることを宣言する。