

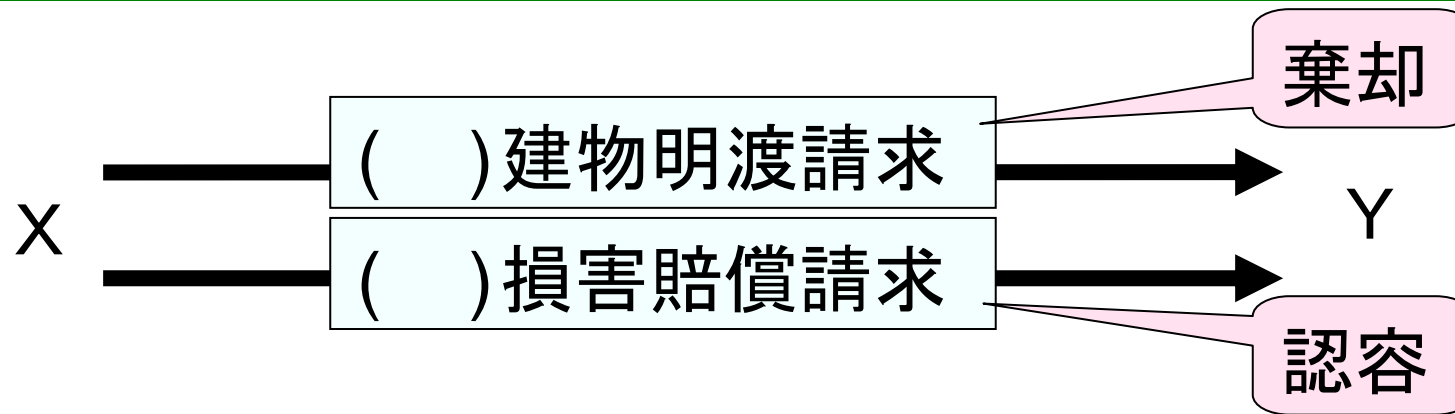
2013年
民事訴訟法3

関西大学法学部教授
栗田 隆

第8回 (目次)

1. 控訴裁判所による仮執行宣言
2. 控訴審における審理
3. 訴えの変更と反訴の提起
4. 控訴審の裁判
5. 予備的併合・選択的併合の場合

第一審判決についての仮執行宣言（294条・295条）



- Xが控訴を提起して、請求棄却部分の取消しと請求の認容を求めた。
- Yは、控訴も附帯控訴も提起しなかった。

控訴審は、原告からの申立てにより、原判決のうち請求認容部分について、決定で仮執行の宣言をすることができる。

仮執行宣言に関する裁判に対する不服申立て

- 294条の仮執行宣言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条ただし書）。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

口頭弁論による審理の原則

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（最判平成8年5月28日）

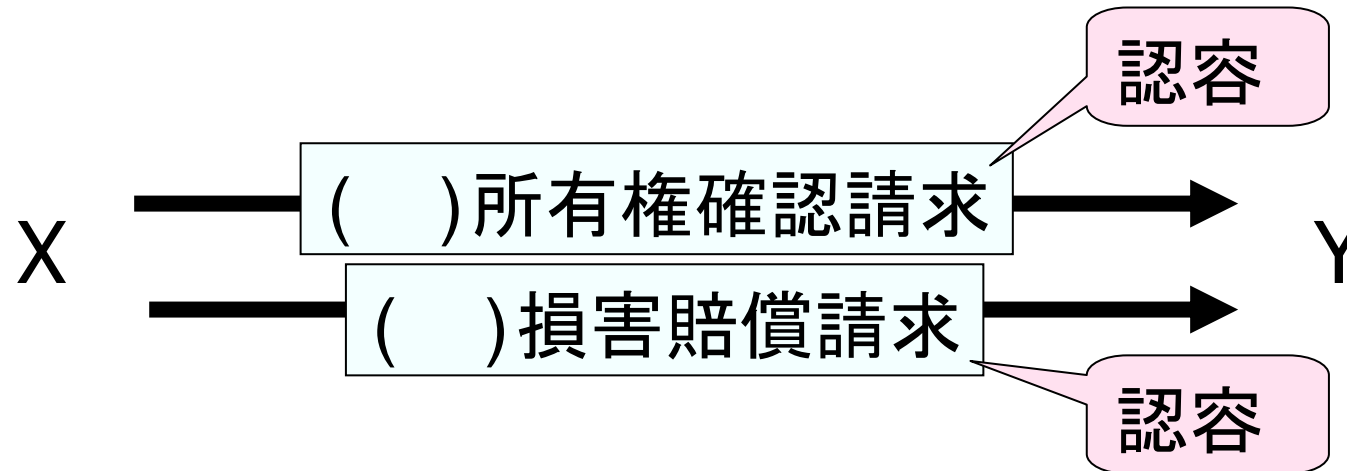
不適法なことが明らかであって当事者の訴訟活動により適法とすることが全く期待できない訴えについては、控訴が適法でも口頭弁論を開かずに控訴を棄却できる。

1. 第一審においては、訴状を被告に送達することなく訴えを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。

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、当事者の不服申立てにより定まる。
- 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。

口頭弁論の範囲 (296条) (設例)



Yが控訴すると、判決全体の確定が遮断される。

Yは、判決のどの部分の取消しを求めるかを特定することができ、例えば 請求認容部分のみの取消しを求めると、口頭弁論はこの部分に限定される。

続審主義（296条2項・298条）

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

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. 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。249条2項と同趣旨）。

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、攻撃防御方法の提出の適時性（[157条](#)・[298条2項](#)など）は、第一審の訴訟経過を含めて判定される。

控訴審における新訴の提起（297条・143条以下・300条・301条）

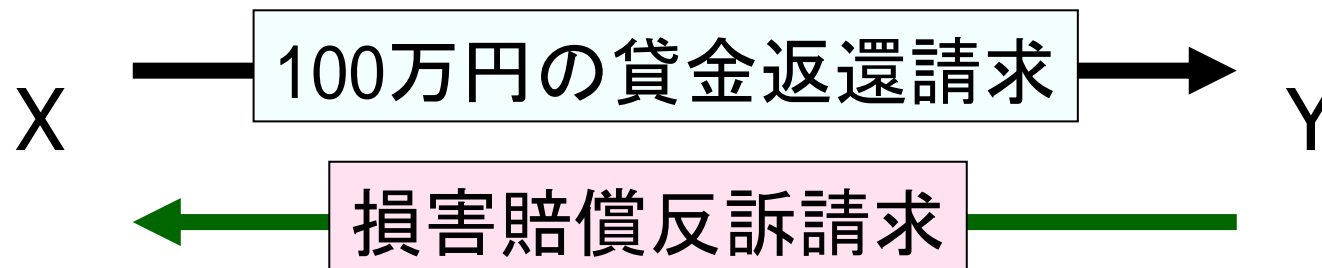
- 訴訟の途中で紛争実体に変化する場合があります、また、実体は同じでもよりよい解決のために請求を変更するのが適当な場合もあるので、控訴審においても新訴の提起が許される。（297条による143条以下の準用）
 1. 訴えの変更（143条）
 2. 反訴の提起（146条・300条1項2項）
 3. 選定者に係る請求の追加（144条・300条3項）

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）。300条2項に注意。
- 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。

控訴審における反訴の提起(設例1)

1000万円の損害賠償債権により対当額で相殺するとの予備的抗弁



Yが控訴審でこの反訴請求を提起することには、相手方の同意が必要か？

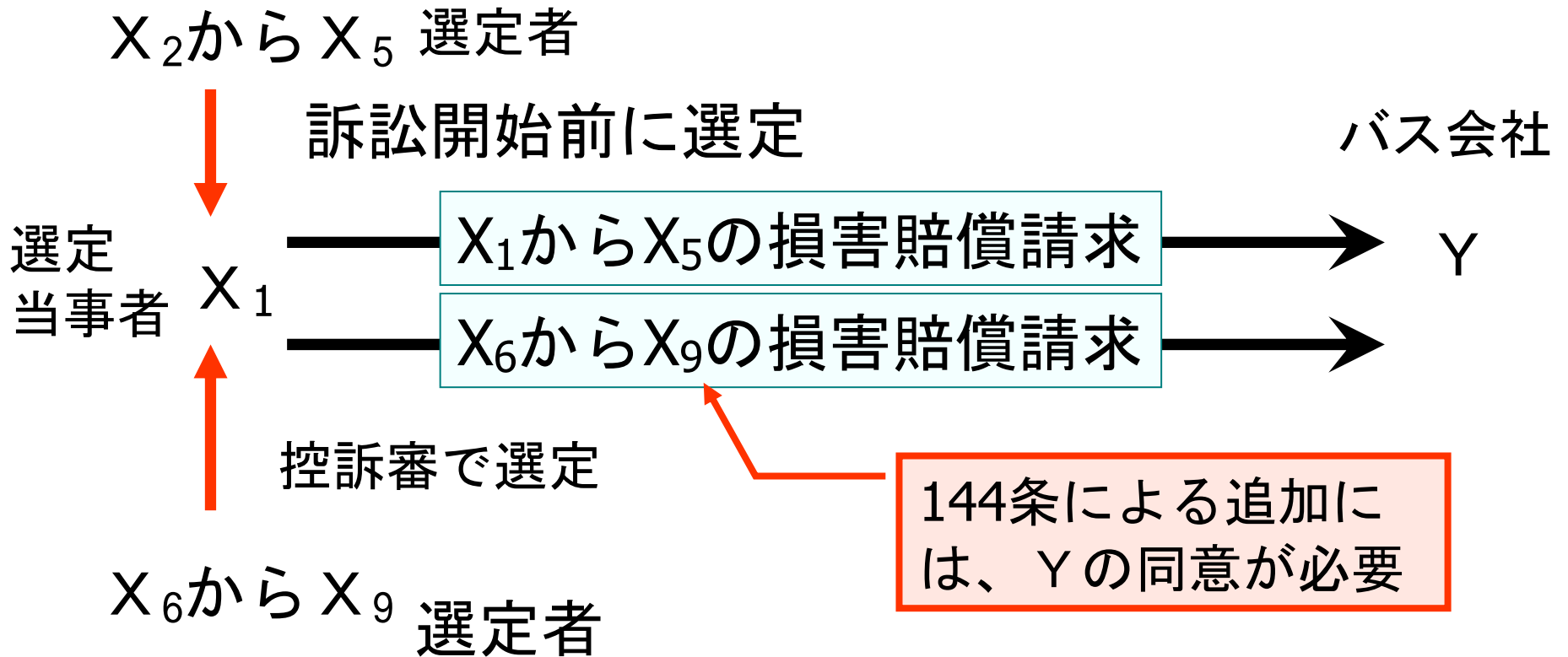
控訴審における反訴の提起(設例2)



Yが控訴審でこの反訴請求を提起することには、相手方の同意が必要か？

選定者に係る請求の追加(設例)

X_1 から X_9 は、バス転落事故の被害者



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。

当事者の訴訟行為期間の設定（301条）

控訴審における審理を迅速に進めるために、控訴審の裁判長は、当事者の意見を聴いて、下記の訴訟行為をなすべき期間を定めることができる。これらの期間を遵守しなかった者は、説明義務を負う。

1. 控訴審における新たな攻撃防御方法の提出
2. 訴えの変更等

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。

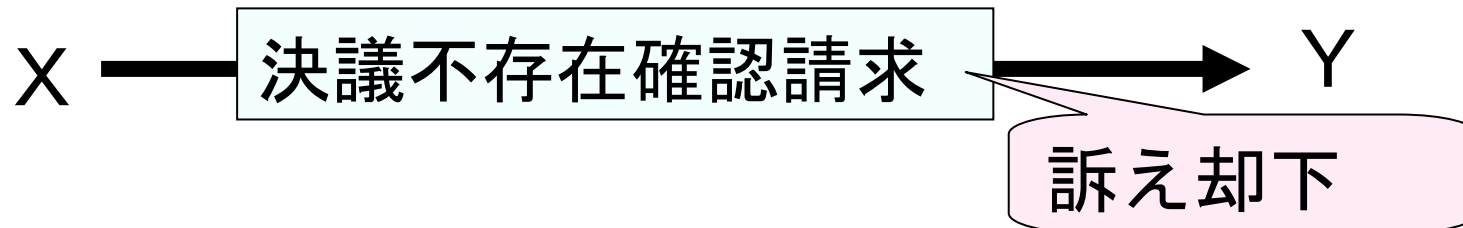
処分権主義（不利益変更禁止・利益変更禁止の原則）（304条）

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。

不利益変更禁止（設例）

（参考判例 最判平成11年3月25日）



- Xが控訴して、請求認容判決を求めた。
- 控訴審は、訴えは適法であるが、請求は棄却されるべきであると判断した。

不利益変更禁止原則を単純に適用すると、控訴審は、どのような判決をすべきか？

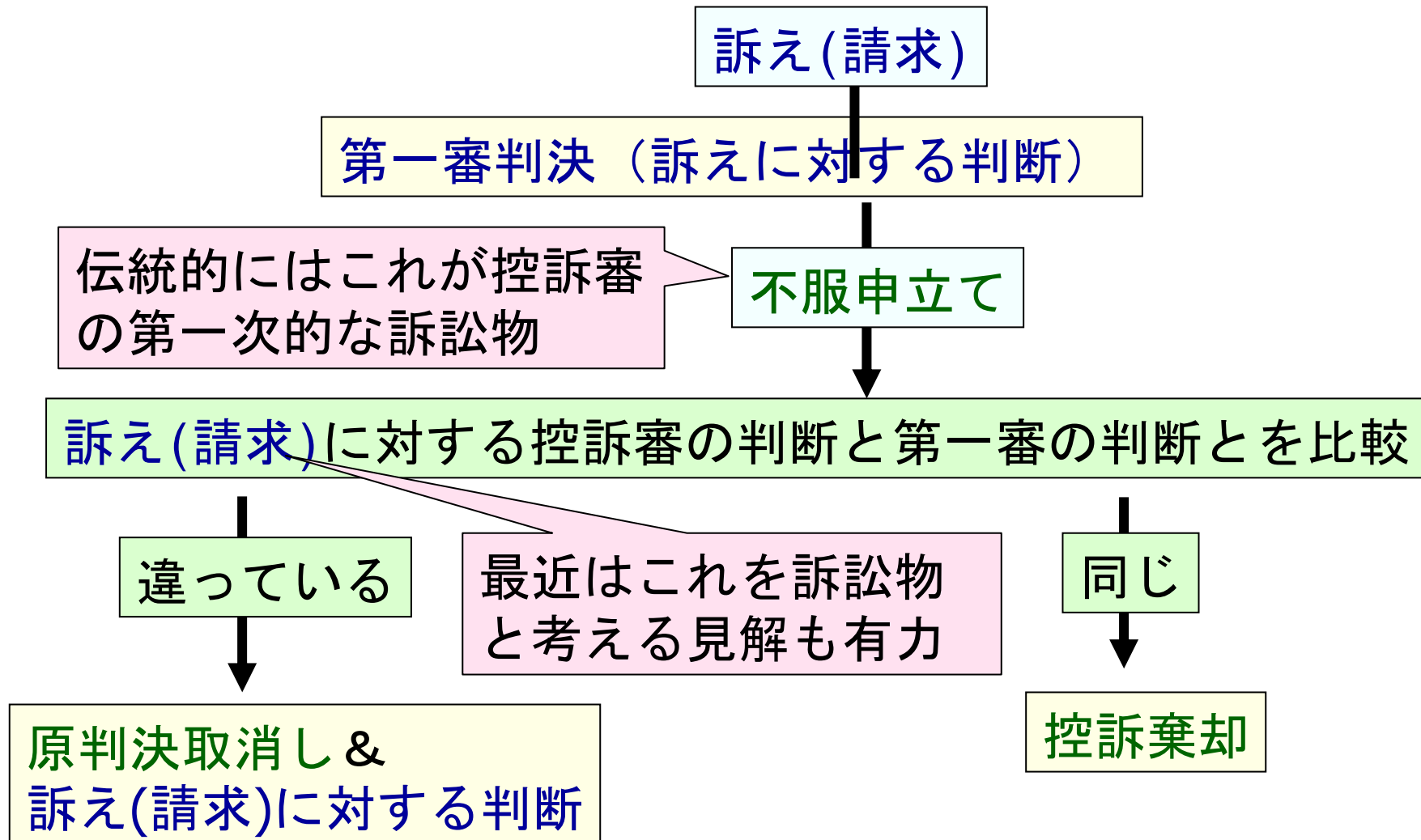
ヒント 訴え却下判決と請求棄却判決のいずれが原告にとって不利であるかは場合により異なるが、通常は、後者であると考えられている。

控訴審の裁判

不服申立ての当否は、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。

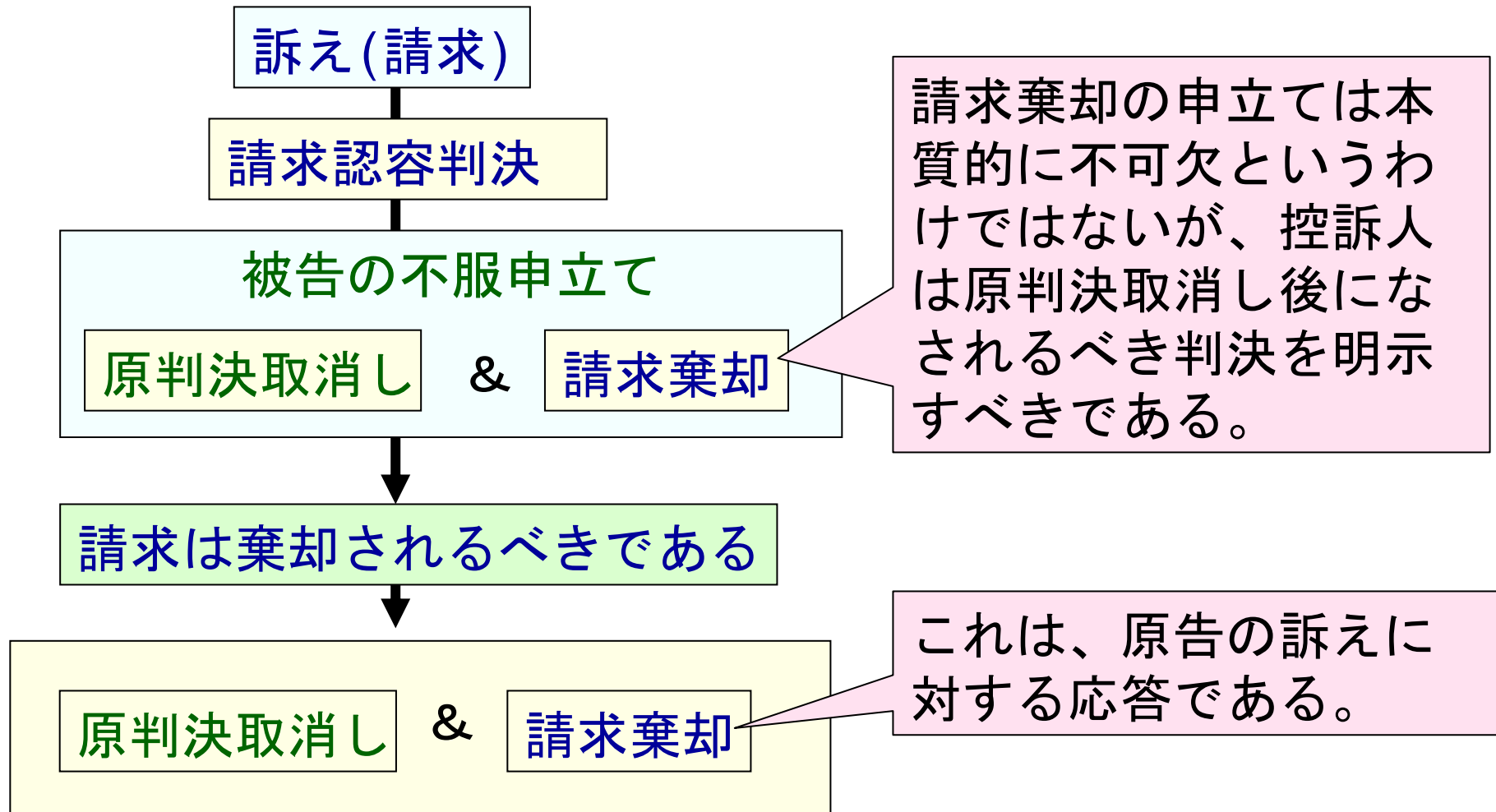
控訴審の裁判の対象（おおまかな図解）



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ては、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、被告は原判決取消し後になされるべき判決内容を特定すべきである。

取消しと変更（おおまかな図解）



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（この場合の「変更」は「取消し」を含んだ意味で使われており、「原判決を取り消す」の文言は付されない）。

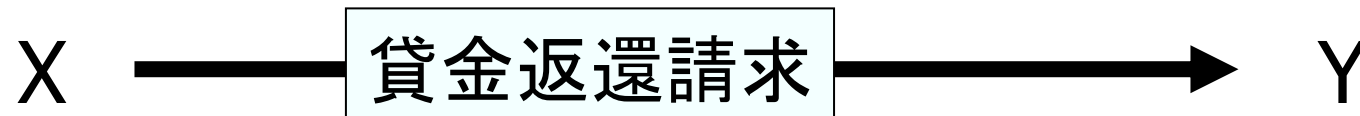
請求の減縮がある場合

- 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。

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。

控訴棄却か、原判決取消しか



1. 債権の発生を争う。
2. たとえ発生しているとしても、反対債権で相殺する(予備的相殺の抗弁)

- 第一審は、予備的相殺の抗弁を認めて請求を棄却した。
- 被告が控訴した。
- 控訴審は、貸金債権は発生しなかったと判断した。

控訴審は、

- 控訴を棄却するだけでよいか、それとも
- 原判決を取り消して、請求を棄却すべきか

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てを正当と判断する場合には、不服申立て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。

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)

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。

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](#)）

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。

必要的差戻の例外（307条ただし書）

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。

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。
2. その他 たとえば、第一審の法解釈が不当であるために、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。

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（[249条](#)2項）。

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) 。

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。

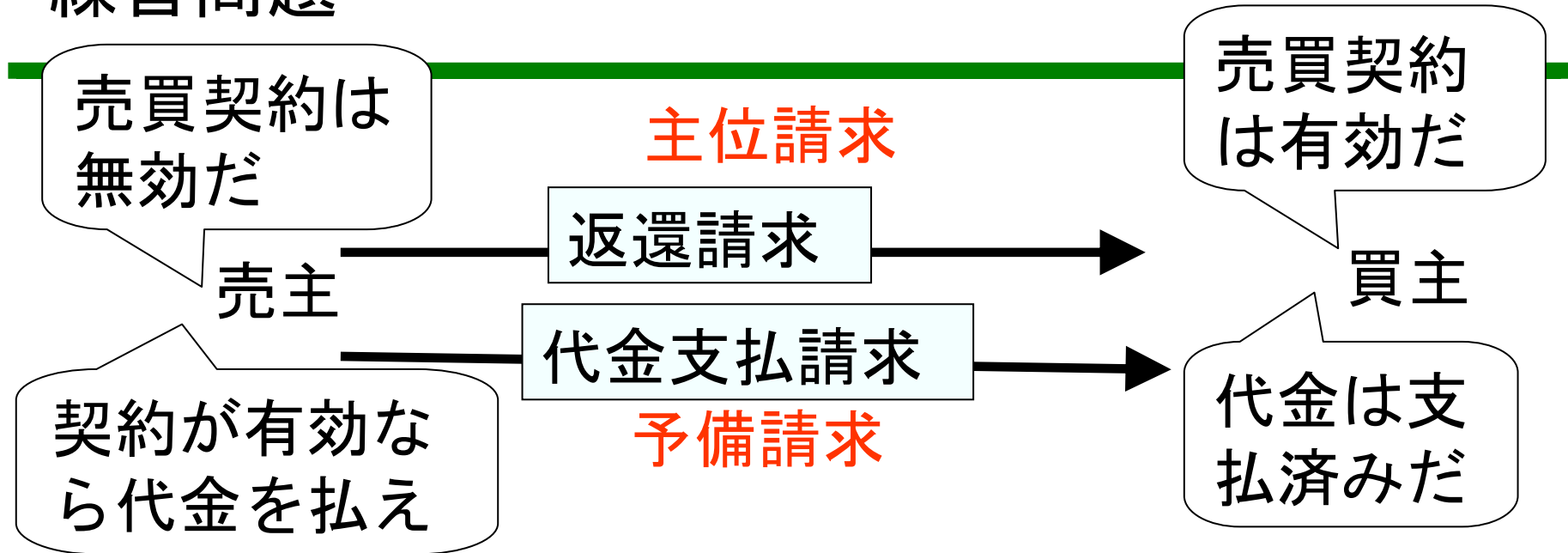
主位請求認容判決に対する控訴

- 被告のみが控訴の利益を有する。
- 控訴審が主位請求を棄却すべきものと判断すれば、原判決を取り消して主位請求を棄却した上で、一審判決のない予備請求について裁判することができる
- 控訴審が予備請求を認容する場合には、予備請求についてはまだ判決による応答がないから、原告からの附帯控訴は必要ない。

主位請求棄却・予備請求認容判決に対する上訴

- 原告・被告の双方が控訴の利益を有する。
- この判決に対して被告のみが控訴を提起し、原告が控訴も附帯控訴も提起しなかった場合の取扱については、議論が分かれている。
 1. 判例・多数説は、審判の対象となるのは予備請求に関する部分のみであり、主位請求に関する部分の対象とならないとする（[最判昭54・3・16民集33-2-270](#)）。
 2. これに批判的な見解も有力である。

練習問題



第一審は、主位請求を棄却し、予備請求を認容した。被告のみが控訴。原告は、附帯控訴も提起せず。控訴審は、売買契約は無効であると判断した。控訴審は、主位請求を認容することができるか。

請求認容判決に対する控訴

- 控訴審が第一審の認容した請求Aではなく別の請求Bを認容すべきであるとの判断に達した場合の取扱いについては、次の2つの選択肢がある。
 1. 控訴審は請求Bを認容するだけでよく、原判決を取り消す必要はない。(判例)
 2. 原判決を取り消した上で請求Bを認容する。
- 原審が認容した請求以外の請求を上訴審が認容する場合に、その請求の認容を求める原告からの控訴や附帯控訴は必要ない。