

全部勝訴者が民事訴訟法249条1項違反を理由として控訴を提起した場合における控訴の利益

(最判令和5年3月24日民集77巻3号803頁)

林 誠 吾

第1 事案の概要等

1 基礎となる事実関係等

Aの長男であるXは、Aの妻であり、かつ、平成9年10月2日付遺言公正証書によってなされたAの遺言によりAの遺産の全てを相続したYに対し、遺留分減殺請求権に基づき、Aの遺産を構成する不動産について、平成15年3月14日遺留分減殺を原因とする所有権一部移転手続を求め、訴えを提起した。

2 第一審の判断内容⁽¹⁾

Yは、適式な呼出しを受けたにもかかわらず、第1回口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他何らの準備書面も提出しなかった。

第一審において本件の審理を担当した裁判官甲は、第1回口頭弁論期日において口頭弁論を終結させた上で、判決言渡期日を指定した。

裁判官乙は、本件の審理を担当していなかったが、裁判官甲が指定した判決言渡期日において、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）254条1項1号に基づいて、判決書の原本に基づくことなく、Xの請求を全部認容する旨の判決を言い渡した。

3 原審の判断内容⁽²⁾

Xは、第一審判決は口頭弁論に関与していない裁判官乙が言い渡したものであり、絶対的上告理由（民訴法312条2項1号）及び再審事由（民訴法338条1項2号）に該当する手続上の瑕疵があること、第一審判決が確定してその判決に基づいて所有権一部移転登記がなされたとしても、将来、Yを被相続人とする相続が開始された場合、Yの相続人が再審の訴えを提起し、同移転登記が抹消される可能性がある以上、Xが第三者に共有持分権を対抗することができなくなる可能性があるから、Xには、控訴審において手続上の瑕疵がない請求認容判決を受ける利益がある、などとして控訴を提起した。

原審は、「口頭弁論に関与していない裁判官が同法（筆者注：民訴法）254条1項に基づき判決書の原本に基づかないで判決の言渡しをする場合、その判決は、言渡しによって初めて内部的にも成立するものであり、口頭弁論に関与した裁判官が成立させた判決は存在しない。そうすると、口頭弁論に関与していない裁判官が判決書の原本に基づかないで判決を言い渡したときは、同法249条1項に違反し、法律により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したものとして再審事由（同法338条1項2号）に該当する手続上の瑕疵があるものと解す

(1) 和歌山地判令和3年6月16日 Westlaw Japan 文献番号 2021WLJPCA06166013)

(2) 大阪高判令和3年12月9日 Westlaw Japan 文献番号 2021WLJPCA12096019)

るのが相当である」として、第一審判決には再審事由に相当する手続上の瑕疵があると述べた。

しかし、その一方で、最判昭和31年4月3日民集10巻4号297頁及び最判昭和40年3月19日民集19巻2号484頁を参照しつつ、「控訴制度の目的が、不当な第1審判決によって不利益を受けた当事者の救済をして裁判の適正を確保するところにあることに照らせば、控訴が適法であるためには、控訴人に第1審判決の取消し又は変更を求める不服の利益（控訴の利益）があることが必要」であり、「不服の存否に関する判断基準は明確であることが求められることに照らせば、第1審における請求の趣旨と判決主文とを比較し、後者が前者に満たない限り、上記の不服の利益があるものと解するのが相当である」とした上で、本件において、Xは、請求の趣旨のとおり請求認容判決の言渡しを受けており、判決主文が請求の趣旨に満たないとはいえないから、控訴の利益はないとした。

また、Xが控訴理由において主張した、将来におけるYの相続人からの再審の訴えの可能性とそれに伴うXの法的地位の不安定性については、「将来被控訴人（筆者注；Y）を被相続人とする相続が開始した場合に相続人となり得る者が原判決の結論を争って再審の訴えを提起する蓋然性があるとは認めるに足り」ず、仮に将来、再審の訴えが提起されたとしても、再審の手続上、Xの知らないうちに再審の本案審理及び判決がなされることはあり得ず、Xの請求に理由があるという場合には、再審の請求は棄却されるのであるから、Xの共有持分権を第三者に対抗することができなくなるということとはあり得ない、翻って再審の請求が認容された場合には、そもそもXは第一審判決において請求棄却判決を受け

るべき地位にあったというに過ぎず、手続上の瑕疵があることを理由としてXが第三者に共有持分権を対抗することができなくなるわけではない、と判断し、やはり控訴の利益はないとした。

4 本判決の判断内容⁽³⁾—原判決破棄・差戻し

本判決は、控訴審判決を覆し、Xの控訴を不適法であるとして却下した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとして、原判決を破棄・差戻しとした。

その結論に至る理由は、次のとおりである（引用部分における下線部は筆者が付した。）。

「第1審において、事件が一人の裁判官により審理された後、判決の基本となる口頭弁論に参与していない裁判官が民訴法254条1項により判決書の原本に基づかないで第1審判決を言い渡した場合、その判決手続は同法249条1項に違反するものであり、同判決には民事訴訟の根幹に関わる重大な違法があるというべきである。また、上記の違反は、訴訟記録により直ちに判明する事柄であり、同法338条1項1号に掲げる再審事由に該当するものであるから、上記の第1審判決によって紛争が最終的に解決されたということもできない。

したがって、上記の場合、全部勝訴した原告であっても、第1審判決に対して控訴をすることができると解するのが相当である。」

第2 評釈

本判決に賛成する。

1 本判決の意義等

本判決は、第一審判決において請求を全部認容された者が、当該判決は、口頭弁論に参与した裁判官

(3) 本判決の解説ないし評釈として、能登謙太郎「判批」ジュリスト1593号78頁（2024）、芳賀雅顯「判批」重判令和5年度（ジュリ臨増1597号112頁）（2024）、加藤新太郎「直接主義違反と全部勝訴者の上訴の利益」NBL1255号95頁（2023）、越山和宏「判批」民商160巻1号140頁（2024）、大内義三「判批」法の支配213号121頁（2024）、堀清史「判批」リマークス69号118頁（2024）、濱崎録「判批」法教515号120頁（2023）、安永祐司「判批」法セ822号110頁（2023）、川嶋隆憲「判批」法セ増（新判例解説Watch）34号145頁（2024）がある。

甲ではなく、別の裁判官乙によって言い渡されたものであり、手続違反があることを理由として提起した控訴に、控訴の利益が認められるかが問題となった事案において、控訴の利益を肯定した事例である。

上記の論点（問題点）について言及した直接的な先例はなく、その意味で、本判決は、実務的にも理論的にも重要な意義を有するものである。

判例・通説は、控訴の利益の有無の判断基準として、いわゆる形式的不服説、すなわち、当事者が第一審において掲げた請求の趣旨と、第一審の判決主文とを比較した上で、後者が前者を満たさない場合に控訴の利益を肯定するという立場をとっている。本判決におけるXは、上記のとおり、第一審判決において請求を全部認容されているのであり、形式的不服説の原則的な立場からすれば、控訴の利益は認められないのではないか、という疑問が生ずる。一方で、後に詳しく検討するように、形式的不服説は、上記の原則に対する例外の存在を肯定しているところである。

本稿では、本判決が、判例・通説であるところの形式的不服説との関係でどのような立場に位置付けられるのか（新たな「例外的事例」と位置付けられるのか）、また、控訴の利益の判断基準に係る他の有力な学説からはどのような説明が可能なのかについて、控訴の利益の判断基準に係る従来の判例及び学説を整理した上で、私見を述べることにしたい。

2 民事訴訟法上の直接主義と「弁論の更新」について

本判決でXが主張した第一審判決の手続上の違法は、要するに、第一審判決は直接主義に反するというものであった。そこで、まず、民事訴訟法上の直接主義原則とそれに違反した場合の効果について、

整理をしておきたい。

(1) 直接主義原則について

民事訴訟法上の直接主義の原則とは、判決をする裁判官が、当事者の弁論を聴取し、証拠調べを実施する原則をいう。⁽⁴⁾民訴法249条1項が、基本となる口頭弁論に参与した裁判官が判決を行うものとしているのは、この直接主義原則の要請を受けてのものである。

しかし、裁判官は、概ね3年ないし5年のスパンで他の裁判所に異動することが通例となっており、⁽⁵⁾その他裁判体を構成する裁判官の急病や急死等、不測の事態もあり得、審理の途中で担当裁判官が交代するようなケースも当然に発生する。このような場合において、直接主義を貫くと、前任の裁判官に対して当事者が行った弁論や、すでに実施した証拠調べをもう一度行わなければならないこととなるが、これでは訴訟経済に反するとして、民訴法は、裁判官が交代した場合には、当事者が「従前の口頭弁論の結果を陳述」すればよいとしている（民訴法249条2項）。これを弁論の更新と呼ぶ。実務上は、交代後の裁判官が、それぞれの当事者に対し、口頭弁論の手続において、「従前の口頭弁論の結果を陳述しますか。」などと問いかけ、当事者がこれに「はい、陳述します。」と応答すると、弁論の更新がされる扱いとなっている。

(2) 口頭弁論終結後、判決言渡し前に裁判官が交代した場合

口頭弁論が終結し、判決言渡し日が指定された後、判決言渡し日の前に審理を担当していた裁判官が交代するという事態も当然ありうる。

民訴法249条1項は、判決は「基本となる口頭弁論に参与した裁判官」が行うものとしていところ、同項にいう「基本となる口頭弁論に参与し

(4) 長谷部由起子『民事訴訟法（第4版）』181頁（岩波書店、2024）等参照。

(5) 裁判官の人事評価の在り方に関する研究会「裁判官の人事評価の在り方に関する研究会報告書」（平成14年7月16日公表）のうち、「第2 裁判官の人事評価の現状と関連する裁判官人事の概況」参照。

た裁判官」とは、弁論を終結した口頭弁論期日（最終の口頭弁論期日）の審理に参与したことを意味するというのが通説である。⁽⁶⁾

したがって、口頭弁論終結後、判決言渡し前に裁判官が交代した場合は、交代後の裁判官は、弁論を再開（民訴法153条）した上で、弁論の更新手続をとる必要がある。もっとも、民訴法249条1項にいう「判決をする」とは、判決の内容を決定することをいうから、口頭弁論終結後、「基本となる口頭弁論に参与した裁判官」が作成した判決書を、交代後の裁判官が判決言渡期日において読み上げることは、直接主義原則違反を構成しない。⁽⁷⁾

(3) いわゆる「調書判決」について

以上が判決手続における原則であるが、一方で、被告が原告の主張に対する自身の主張を記載した答弁書、準備書面などの書面を提出せず、さらに裁判所が指定した口頭弁論期日に出頭しない場合のように、当事者間に（実質的な）争いがないといえるときは、迅速に判決を行うことが当事者にとって（特に原告にとって）有用かつ合理的である。

そこで、このような場合は、判決書の原本に基づくことなく判決の言渡しを行うことができ（民訴法254条1項）、裁判所は、裁判所書記官をして、判決書の原本の作成に代えて、当事者及び法低代理人、主文、請求並びに理由の要旨を、口頭弁論期日の調書に記載させる（民訴法254条2項。判決書に代わる調書）。これがいわゆる「調書判決」である。

調書判決は、口頭弁論を終結した後、すぐにその場で行うこともできるし、別の判決言渡期日を指定して、その判決言渡期日で行うこともできる⁽⁸⁾（本件は後者の方式であった。）。

口頭弁論終結後、即日、調書判決を行う場合、弁論の更新を行う必要がないのは当然である。他方、口頭弁論を終結した後、別途指定した判決言渡期日までの間に、口頭弁論を担当した裁判官が交代した場合は、交代後の裁判官は、口頭弁論を再開した上で弁論の更新をし、その後、調書判決の手続をとらなければならない。調書判決は、判決書の原本が作成されない形式の判決であり、原則どおり、「基本となる口頭弁論に参与した裁判官」が判決を行わなければならないからである（民訴法249条1項）。

(4) 直接主義原則違反の効果

以上のような直接主義原則に違反して（調書）判決を言い渡した場合、その判決手続は民訴法249条1項違反があることになり、「法律に従って判決裁判所を構成しなかった」として絶対的上告理由になるほか（民訴法312条2項1号）、再審事由が存在することにもなる（民訴法338条1項1号）。

この点に関する判例等を概観すると次のとおりであり、直接主義原則に違反した判決手続は民訴法249条1項違反となるという点については、判例としては確立しているものと評価できる。

① 最判昭和32年10月4日民集11巻10号1703頁

基本たる口頭弁論に参与しない裁判官の参与した判決は、旧民事訴訟法395条1項1号（現行民事訴訟法312条2項1号）に該当する違法があるとした事例

② 最判昭和33年11月4日民集12巻15号3247頁

裁判官の更迭があったにもかかわらず、適法に弁論の更新手続をしないで、更迭後の裁判官が判決を言い渡したときは、旧民事訴訟法395条1項1号（現行民事訴訟法312条2項1号）に該当する違法があるとした事例

(6) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法V〔第2版〕』163頁（日本評論社、2022）

(7) 秋山ほか・前掲注(6)163頁、長谷部・前掲注(4)275頁

(8) 奈良新二＝宇野勝浩「判決書に代わる調書に関する考察と運用例」書研所報46号197頁（2000）

③ 最判平成19年1月16日集民223号1頁

基本たる口頭弁論に参与していない裁判官が判決をした裁判官として署名・押印したことは、民訴法249条1項に違反し、同法312条2項1号に規定する絶対的上告理由があるとした事例

④ 高松高判令和2年9月16日判時2471号92頁

合議体の裁判体を構成する2名の裁判官が交代したにもかかわらず、口頭弁論調書に弁論の更新がされた旨の記載がないまま、交代後の裁判体によってなされた判決には、民訴法249条1項違反があるとした事例

(5) 本件において裁判官乙が取るべきだった対応

本件は、裁判官甲が口頭弁論を終結し、別途指定した判決言渡期日までの間に裁判官乙に交代し、裁判官乙が判決言渡期日に臨んだという事案である。

したがって、裁判官乙は、まず、口頭弁論を再開し（民訴法153条）、弁論を更新（民訴法249条2項）した上で調書判決をなすべきであったにもかかわらず、弁論を更新しないまま調書判決を行った点で、上記で整理したような直接主義原則違反の有無が問題となった事案であった。

この点、加藤新太郎教授は、裁判官乙が弁論を更新しないまま調書判決をしたのは「前代未聞の事態」で「通常想定されないケアレス・ミス」であると指摘し、さらに「実際に類似事案が出てく⁽⁹⁾ることはないように思われる」と指摘される。上記のとおり、弁論の更新手続そのものは煩瑣な手続ではなく、口頭弁論の方式に関する規定を遵守したことは口頭弁論調書が唯一の証拠方法であること（民訴法160条3項）との関係で、口頭弁論調書に弁論の更新手続をとった旨記載すればそれで足りるのであるから、弁論を更新せずに調書

判決をしたのは裁判官乙の「ケアレス・ミス」であるとの批判は免れ得ないところであろうと思われる。もっとも、上記の高松高判令和2年9月16日判時2471号92頁のように、近年でも類似事案が全くないとはいえず、今後も類似事案が全く出ないとは限らないといえよう。

3 控訴の利益について

(1) 控訴の適法要件としての控訴の利益

控訴を提起する当事者の権能を指して控訴権と呼ぶ。控訴は第一審判決に対する当事者による不服申立て手続であることから、控訴権は、第一審判決において不利益を受けた当事者のみに認められる。この「不利益を受けた」というのを、翻⁽¹⁰⁾って表現したのが「控訴の利益」である。控訴の利益は、民事訴訟法上、控訴の適法要件として明文化されていないものの、上記のような控訴手続の性質から、適法な控訴には当然に要求されるものである。

(2) 全部勝訴した当事者に控訴の利益を肯定した判例

上記のとおり、控訴の利益は、第一審判決によって不利益を受けた当事者に認められるものであるから、翻⁽¹⁰⁾って、不利益を受けたとはいえない当事者に控訴の利益はない。これが原則であり、したがって、第一審で全部勝訴した当事者には、控訴の利益は認められない。本件の事案も、まさにそのようなケースだったのであるが、しかし、次に掲げる判例・裁判例は、全部勝訴した当事者からの控訴（上告）であるにもかかわらず、控訴（上告）の利益を肯定した判例群である。本判決の位置付けを検討する上で参考となると思われるため、整理する。

(9) 加藤・前掲注(3)96頁、98頁

(10) 伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』766頁（有斐閣，2021）、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下〔第2版補訂版〕』600頁（有斐閣，2014）等。

⑤ 大判大正9年7月26日民録26輯1188頁

原告が被告との離婚を求めて提起した離婚訴訟において、被告も原告に対し離婚を求める反訴を提起し、第一審判決が原告の本訴請求と被告の反訴請求をいずれも認容した場合であっても、控訴の利益を肯定した事例である。それぞれが求めた離婚が認容されたという観点から、原被告双方に不利益はないが、例えば原告から見たときは、被告の反訴請求が認容されている、すなわち敗訴していることから、控訴の利益が肯定される。

⑥ 最判昭和40年3月19日民集19巻2号484頁

第一審において、原告の訴えが訴えの利益を欠くものとして却下されたのに対し、被告が訴え却下判決ではなく、請求棄却判決を求めて控訴した事案において、控訴の利益を肯定した事例である。訴え却下判決も原告の訴えを排斥するものであるから、被告は第一審判決において全部勝訴している。それにもかかわらず控訴の利益が認められるのは、「上告人（筆者注：被告）は更に被上告人（筆者注：原告）主張の…請求権の存在しないことの確定を求める」ことができるからである。被告が本案について請求棄却を求める申立権を有しており、訴え却下判決はこの申立権を否定する意味合いを有している、とも説明される。⁽¹¹⁾

⑦ 最判昭和45年1月22日民集24巻1号1頁

控訴ではなく上告の利益に関する判例である。控訴人が第一審の取消しを求めて控訴したところ、控訴審は、第一審判決の取消し及び差戻し判決をしたが、控訴人がこれに対しさらに上告をしたという事案において、差戻し判決は、取消しの理由となった法律上及び事実上の判断について拘束力を生ずるところ（裁判所法4

条、最判昭和30年9月2日民集9巻10号1197頁等）、その拘束力の発生を回避するため、上記のような事案における控訴人も、差戻し判決においてその理由となった判断によって不利益を受ける場合には、上告の利益が認められるとした事例である。この判例も、控訴人は自らが求めた第一審判決の取消しを得ており、その意味で全部勝訴をしているが、差戻し判決の拘束力に着目して上告の利益を認めたものである。

⑧ 名古屋高判金沢支判平成元年1月30日判時1308号125頁

原告が黙示の一部請求で第一審の全部勝訴判決を得た場合に、控訴審において請求の拡張を行うことを目的とした控訴の利益を認めた事例である。この場合も原告は第一審で全部勝訴しているものの、第一審が確定した場合、残部請求は既判力により遮断され、別訴を提起することができなくなるため、⁽¹²⁾控訴の利益を肯定する必要があるというのがその理由である。

(3) 控訴の利益の判断基準について

上記のとおり、控訴の利益は、第一審判決によって不利益を受けた当事者に認められるものである。それでは、当事者が「不利益」を受けたかどうかはどのような基準に基づいて判断すべきなのか。これが、控訴の利益の判断基準に関する問題である。控訴の利益の判断基準については、学説において種々の立場が唱えられているので、整理する。

ア 形式的不服説

形式的不服説は、第一審における当事者の申立てと第一審の判決主文とを比較し、後者が前者を下回るようであれば、控訴の利益を肯定する見解であり、これが通説・判例であると整理されている。⁽¹³⁾形式的不服説の根拠は、基準の

(11) 伊藤・前掲注(11)769頁

(12) 最判昭和32年6月7日民集11巻6号948頁参照

(13) 秋山ほか・前掲注(6)25頁参照。

明確性にある。形式的不服説は、控訴の利益の有無を、いわば定量的に判断できるため、判断基準としては極めて明確である。

判例も採用するとされる形式的不服説は、しかし、上記で整理したように、いくつかの例外的事例の存在を肯定している。判例⑤から判例⑧は、いずれも控訴人（上诉人）が第一審（控訴審）で求めた申立てと第一審判決（控訴審判決）とを比較しても後者が前者を下回っているとはいえず、それにもかかわらず控訴の利益を認めるのは、形式的不服説における例外を許容しているからにほかならないのである。

判例⑤から判例⑧以外に、形式的不服説の立場から例外的事例として説明されるものとしては、(A)予備的抗弁としての相殺の抗弁が認められた被告が控訴を提起するような事例である。例えば、原告が提起した貸金返還請求訴訟において、被告が弁済の抗弁を提出するとともに、自らも原告に対する債権を有しているとして、予備的に相殺の抗弁を提出したという事案において、第一審が、弁済の抗弁を認めずに、相殺の抗弁を認めて原告の請求を全部棄却したという場合においては、形式的不服説によっても、例外的に被告による控訴の利益が肯定されるとする。⁽¹⁴⁾ 被告は請求棄却を申立て、結論はそのとおり請求棄却になっているのであるが、相殺の抗弁を容れて原告の請求を棄却した判決が確定すると、民法114条2項により、相殺に供された債権の不存在も確定してしまい、その意味で被告にとって不利益といえるからである。この場合、被告の不利益は判決主文ではなく判

決理由中の判断にあるのであるが、別の理由中の判断により請求棄却を求める利益があるということになる。

また、判例⑤に関連して、(B)離婚訴訟を提起された被告が、第一審判決で請求棄却（離婚を否定する結論）を得た場合であっても、被告自らが原告に対し離婚を求めて反訴を提起することを目的として、控訴を提起できるとする。⁽¹⁵⁾ この場合も、被告は、請求棄却を申し立てて、実際に請求棄却の結論を得ている。しかし、人事訴訟法25条2項が「人事訴訟の判決が確定した後は、被告は、当該人事訴訟において反訴を提起することにより主張することができた事実に基づいて同一の身分関係についての人事に関する訴えを提起することができない」と規定していることとの関係で、原告の請求棄却判決の結果、被告は反訴や別訴の機会を失うことから、このような場合であっても、形式的不服説の立場からは、例外的に控訴の利益が肯定されるとする。

イ 新実体的不服説

このように、形式的不服説が多くの例外的事例の存在を肯定することから、「申立てと主文（結論）の比較」という視点とは別の観点からの基準を考えるべきであるというのが、新実体的不服説である。⁽¹⁶⁾

新実体的不服説は、形式的不服説がとる基準には一定の限界があることや、形式的不服説が肯定する例外的事例は、いずれも控訴を提起する当事者にとって第一審判決の効力（既判力等）が不利益に働くかどうかによって決められ

(14) 高橋・前掲注(11)601頁、伊藤・前掲注(11)766頁、長谷部・前掲注(4)414頁、瀬木比呂志『民事訴訟法〔第2版〕』677頁（日本評論社、2022）等

(15) 高橋・前掲注(11)601頁、長谷部・前掲注(4)413頁。ただし、伊藤・前掲注(11)は、被告には第一審で反訴を提起する機会があったのであり、それをしないままに反訴の提起のみを目的にして控訴の利益を認めることは背理であるとして、形式的不服説の立場からでも控訴の利益を否定する。

(16) 上野泰男「上訴の利益」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法（法学教室全書）』285頁（有斐閣、1988）。「新」実体的不服説と称されるのは、控訴の利益は、実質的に見て第一審よりも控訴審において有利な結論が得られる可能性がある場合に認めるべきであるという旧実体的不服説との対比である。

ているという点を踏まえ、控訴の利益の有無は判決の効力によって決せられるべきであり、第一審判決を取り消しておかなければその当事者に判決の効力が不利に作用する場合に控訴の利益を認めるという立場である。⁽¹⁷⁾

新実体的不服説の立場からは、上記の事例(A)は民訴法114条2項により、事例(B)は人事訴訟法25条2項により、判例⑦のような控訴審判決の取消差戻し判決に対する上告については取消差戻し理由に対する拘束力により、判例⑧のような黙示の一部請求の場合は残部に生じる既判力により、それぞれ被告(判例⑦のような事例の場合は控訴人)にとっては、申立てと判決主文とを比較すると全部勝訴であっても、被告(控訴人)に不利な判決効が生じることを理由として控訴の利益を認めることができ、形式的不服説の立場に比して控訴の利益を認めるべき事例を統一的に説明できるとされる。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

4 本判決の分析——本判決の「立ち位置」についての考察

以下では、控訴の利益の判断基準に係る学説の立場から、本判決はどのような「立ち位置」にあるのか、という点について考察したい。

(1) 本判決の判断内容について

まず、(本判決がその結論を否定した)原審は、Xの控訴の利益を否定するにあたり、最判昭和31年4月3日民集10巻4号297頁及び最判昭和40年3月19日民集19巻2号484頁を参照しつつ、「控訴制度の目的が、不当な第1審判決によって不利益を受けた当事者の救済をして裁判の適正を確保す

るところにあることに照らせば、控訴が適法であるためには、控訴人に第1審判決の取消し又は変更を求める不服の利益(控訴の利益)があることが必要」であり、「不服の存否に関する判断基準は明確であることが求められることに照らせば、第1審における請求の趣旨と判決主文とを比較し、後者が前者に満たない限り、上記の不服の利益があるものと解するのが相当である」とした上で、本件において、Xは、請求の趣旨のとおり請求認容判決の言渡しを受けており、判決主文が請求の趣旨に満たないとはいえないと述べている。原審の判示によれば、原審が形式的不服説の立場から控訴の利益の有無を判断しているのは明らかである。

これに対し、本判決は、その判決理由中において、原審が示した控訴の利益の判断基準について明示的にその当否を示していない。明示的に否定していないという以上は、本判決も、原審が採用している形式的不服説の立場から、控訴の利益を判断するという立場であると考えるのが自然である。

(2) 本判決の位置付けについて

このとおり、本判決が形式的不服説の立場を採用(判例の立場として維持)していることを前提とするならば、Xは第一審においてその申立ての内容のとおり判決主文を得ているのであるから、形式的不服説の立場からは控訴の利益が認められないという結論になるはずであり(原審の立場)、にもかかわらず本判決が控訴の利益を認めたのは、形式的不服説からの例外的事例としてこれを肯定したもの、と解釈することとなる。

(17) 上野・前掲注(17)292頁-293頁

(18) 高橋・前掲注(11)602頁-604頁

(19) もっとも、松本博之『民事控訴審ハンドブック—事後審の運営批判と理論・実務的諸問題の解明—』102頁以下(日本加除出版、2018)は、形式的不服説の従来の定式は「やや大雑把」であり、形式的不服説を「申立てと比較されるべきは、判決理由を参照して明らかになる、既判力をもちうる判決内容であり、後者が申立てに達していないときに不服を肯定することができる」と解する立場であるとした上で、形式的不服説の「例外」として理解されていた事例も「例外」ではなく、かえって新実体的不服説では判決効に着目するがゆえに不服の存在を認められない事例が存在するという(同書109頁以下)。

そうであるとすれば、次に、これまで形式的不服説が例外的事例として肯定してきた事例との異同が問題となる。

本判決が控訴の利益を肯定する理由として明示的に挙げているのは、第一審判決に民訴法249条1項違反があり、これは「民事訴訟の根幹に関わる重大な違法」であるという点、及び、民訴法249条1項違反は「訴訟記録により直ちに判明する事柄であり、同法338条1項1号に掲げる再審事由に該当するもの」であり「第一審判決によって紛争が最終的に解決されるということもできない」という点である。

従来、形式的不服説がその例外的事例として肯定してきたのは、いずれも控訴（を含む上訴）を認めなければ、当事者にとってその判決効が不利益に働いてしまうという事例であった。この点、本件について見ると、少なくとも第一審の判決効そのものが、Xにとって不利に働くことはない、と考えざるを得ない。Xは、第一審判決によって、自身が求めていた所有権一部移転登記請求権の存在を認める結論を得ている以上、事後の別訴も予定されているとはいえず、第一審判決が確定した場合に、本件に関する別訴を提起することができなくなるという不利益は想定されないからである。

そうすると、本判決が想定しているXにとっての「不利益」は、既判力やその他の判決効以外の「何か」であると考えざるを得ない。この点について、本判決の評釈による位置づけは様々である。

まず、判決手続に民事裁判の根幹に関わる重大な違法があるような場合には、そもそも控訴の利益の有無を問うまでもなく、それ自体をもって控訴を適法と解する余地があることを示唆するもの

と評価するものがある。⁽²⁰⁾ 本判決は、原審が示している形式的不服説を明示的に判決文に掲げておらず、当事者の申立てと主文とを比較する必要もないと解釈できる余地があることに照らせば、このような理解もあり得るところと思われるが、一方で、本判決は、「訴訟記録により直ちに判明する」ような違反であることをも理由として掲げている点や、従来、絶対的上告理由や再審事由に該当する瑕疵がある場合でも、それ自体から当然に控訴（上訴）の利益を基礎付けるものではないという原則的理解⁽²¹⁾とは整合しないという問題もある。

また、Xにとっての不利益は、第一審の訴訟物たる権利義務関係に関する紛争が再び生じうることを阻止することができないという不利益であるとする見解もある。⁽²²⁾ このような理解は、本判決が第一審判決によっても紛争が最終的に解決しない点を控訴の利益を認める理由の一つとして掲げている点と整合する。この場合、当事者にとって不利益かどうかを測る比較の天秤に載せられるのは、一方は「当事者が訴訟を提起したことにより求める紛争の解決」であり、他方は「実際になされた判決による紛争解決の可能性」ということになり、形式的不服説の例外的事例や新実体的不服説においてこれまで考慮されてきた判決効の内容の比較という観点に比べると、「不利益」の外延は、相当に広くなることになる。

本判決は、将来的にYの相続人から再審が提起される可能性があることを考慮して、「紛争が最終的に解決されることもできない」と判断している。それでは、実際にそのような事態に発展するのはどのような場合であろうか。Yの相続人が第一審判決の手続上の瑕疵に気が付くためには、Y

(20) 匿名コメント「判批」判タ1512頁69頁

(21) 川嶋・前掲注(3)

(22) 川嶋・前掲注(3)。濱崎・前掲注(3)も、Xの不利益を「手続上の瑕疵自体とそのことによる取消しの可能性」としており、同旨と思われる。

の相続人が第一審判決の訴訟記録を閲覧しようと
考え、実際に閲覧し、第1回口頭弁論調書及び第
2回口頭弁論調書を読んで比較した上で、口頭弁
論を担当していたのは裁判官甲であるにもかかわらず、調書判決は裁判官乙が行っているということを知る必要がある。確かに、口頭弁論調書上、口頭弁論期日において審理していない裁判官乙が調書判決を行ったことは明らかであり、その意味で、第一審判決には「訴訟記録により直ちに判明する」ような手続的瑕疵があることは明らかであるが、問題は、そもそもYの相続人が第一審判決の訴訟記録を閲覧すると考えるに至る蓋然性がどの程度あるかという点、それは原審が述べるように、相当に低いと言わざるを得ないように思われる。本判決は、このような場合であってもXの不利性を肯定している以上、第一審判決の時点で再審事由が抽象的にでも存在する場合には、控訴の利益を肯定することができる可能性を示したとも考えられる。ただし、いかに抽象的といっても、控訴の時点で再審事由の存在が裁判所にも明らかになっている必要があると思われる。⁽²³⁾

いずれの見解によるにせよ、本判決は、従来の形式的不服説が想定してきた例外的事例とは異なる「不利益」を想定しているのは明らかであり、その意味で、本判決は、形式的不服説における新たな例外的事例、それもこれまで想定していなかった当事者の不利益に基づく例外的事例を認めたものと位置付けられることになる。

今後、類似事例が現れる可能性は高くはないとはいえ、控訴の利益を判断する上で考慮すべき当事者にとっての「不利益」の外延を、どのように画定すべきかを検討する必要性のみならず、民事訴訟に関与する法曹にとっても、民訴法上の手続を適式に実践することの必要性をも認識させるものであり、その意味で本判決は、理論上も実務上も

重要な意義を有するものといえる。

以上

(23) 堀・前掲注(3)121頁