

「不服の利益（上訴の利益）」論について

越 山 和 広

目 次

- I 前提となる概念の整理
- II 「不服」概念に関する議論の再確認
- III 形式的不服と(新)実体的不服は相容れない概念か
- IV 個別問題の検討
- V 結語

I 前提となる概念の整理

1 上訴要件としての不服の必要性

ある民事訴訟で行われた原審判決に対して通常の上訴申立て手段(上訴)である控訴, 上告を提起する場合, 原判決に対して上訴人がいわゆる不服を有していることが必要である。不服を欠くのであれば, その上訴は不適法として却下され, 上訴審としての本案判決をすることはできない。ただし, 不服判断の基準時点については議論が一致しておらず, 一般の訴訟要件と同様に上訴審の口頭弁論終結時を基準とする見解と, 上訴提起時を基準とする見解とがある⁽²⁾。では, この「不服」というのはいったいどのような概念であり, 不服の有無はどのような基準によって判定されるのだろうか

か。これが、本稿の主題である「不服の利益（上訴の利益）」論である⁽³⁾。なお、議論の対象は控訴の利益が主なものとなる。上告の利益にも控訴の利益と同様の議論があてはまるが、上告権を基礎付けるに足りる上告理由の主張（民訴法 312 条）を要する点で、控訴とは異なる。抗告については検討対象から除外する。

2 不服の意味

まず、「不服」の意味であるが、原判決によって何も不利益を受けない当事者には原判決に対する不服がないから、不服申立てをすることができない。逆に、原判決によって一定の不利益を受ける当事者には、不服があるから不服申立ての適格がある。したがって、「不服」とは、原判決が確定したときにその判決によって上訴人となる当事者が受けることが予想される不利益であり、この不利益負担を排除するために、上訴人は上訴を提起して、原判決の取消しを求めるのである。この意味での不利益が、不服の利益・上訴の利益とよばれるものである。原語であるドイツ語では、「不服 (Beschwer)」という表現が用いられるが、日本法では、さらに「利益」という語が、不利益概念であるにもかかわらず、追加されるのが通常である⁽⁴⁾。これは、この概念が、訴えの利益（権利保護の必要）との対比において、上訴の提起を正当化するに足りる利益の問題として理解されるからであろう。また、「不服」の利益の語のほうが、この概念の意味をより忠実に表現できていると思われるが、「上訴」の利益という訴えの利益に近い用語が、近時の日本の文献では普及している⁽⁵⁾。本稿では、主として不服の語を用いるが、これは上訴の利益、不服の利益の語と同じ意味として用いられる。

以上をまとめると、原判決によって上訴人が一定の不利益を受けることを上訴要件としての不服と表現するのである。不服という日本語は、不平、不満に通じる主観的なイメージをもつ言葉であるが、そうではなく、一定の不利益を負うことを意味するのであり、また、不服は客観的に存在することを要する⁽⁶⁾。

3 不服の判断基準

不服の存在・不存在は、どのような基準を用いて判断するのだろうか。その場合、「形式的」不服と「実体的」不服の概念が用いられる。ここで用いられる形式と実体という語であるが、原語に遡れば、形式（formell）と実質（materiell）ということであり、形式的不服とは、申立てとそれに対する裁判それ自体を形式的に眺めることによって不服があるかどうかを判定することを意味する。したがって、形式的不服概念によれば、申立てと与えられた裁判を比較して、後者が前者に及ばない場合に、上訴人にとっての不利益があると構成される。

他方、実体的不服とは、もともとは、申立ての内実である訴訟上の請求によって賭けられた金額や訴訟物の価値に注目して、それを上訴審でより多く請求できるかどうかを問題とする考え方であった。したがって、実体的不服概念によれば、上級審（控訴審の場合はその口頭弁論終結の時点）でより有利な内容の判決を得られる可能性があるのに、そのまま判決が確定することでその機会を奪われ、上訴人の法律上の地位が毀損されることが、上訴人にとっての不利益と理解される。なお、実体的不服は、判決の効果が（後訴を待っていたのでは救済されえないような）不利益に作用することであると解する立場もある。これは、日本で新実体的不服説と称される見解である。この立場からは、実体的不服という語は、実体法上の不利益（当事者の実体法的な地位が毀損されること）を問題とするように誤解される可能性があり、規範的不服と言い換えるべきであるとの提案が⁽⁸⁾されている。

以上から、形式的不服説は、上訴人が受ける不利益である不服の存在を形式的基準で探り出す考え方であるのに対して、実体的不服説は、より多くの利益を得られるかどうかという実質的な基準を用いるものであることが確認できる。そうだとすると、形式説と実質説と言い換えたほうがよいのかもしれないが、さしあたり従来の用語法を維持する。

4 不服の除去（排除）の主張

さらに、不服の存在のほかに、上訴人が原裁判によって被る不服の除去を上訴によって目指していること（不服の除去・排除）も上訴の適法要件とするドイツ法の一般的見解を日本法にも導入するべきである。これは、⁽⁹⁾ 次のようなことを意味する。例えば、原審で訴え却下判決を受けた原告が、却下理由の交換だけを求めてもそれは不適法である。また、却下判決を得た原告が、棄却を求めて上訴しても不服の除去を目指していないとされる。さらに、請求棄却判決を受けた原告が、確認の訴えから給付の訴えへと変更する目的で控訴することはできず、あるいは、新請求についてだけ裁判されることを求めて上級審での訴えの変更を行う目的で上訴することも、旧請求について訴訟追行を行わないことによって、不服の除去が求められていないものとされる。これらの例では、形式的不服がたしかに存在するが、不服の除去を求めた上訴ではないがゆえに不適法と論じられるのである。この議論は、不服概念の中に収まらないものであるから、日本法にも意識的に取り入れることが有用である。⁽¹⁰⁾

- (1) 芳賀雅顕「上訴の利益」『民事訴訟法判例百選（第4版）』（2010年）234頁が、学説状況を極めて要領よくまとめている。
- (2) 斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法（第2版）』（1996年）45頁〔小室直人＝東孝行〕、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法3（第3版）』（2008年）7頁〔松本博之〕を参照。
- (3) 詳細な議論を展開するものとして、次の文献が有用である。①小室直人「上訴要件の一考察」『上訴制度の研究』（1961年）1頁以下、②上野泰男「上訴の利益」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座3』（1982）233頁以下、③栗田隆「上訴を提起できる者」『講座民事訴訟⑦』（1985年）55頁以下、④小室直人「上訴の不服再論」『民事訴訟法論集（中）』（1999年）1頁以下、⑤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』（2002年）755頁以下、⑥高橋宏志『重点講義民事訴訟法下（第2版）』（2012年）592頁以下。これらについては「小室①」の要領で引用する。
- (4) 訴えの利益の法構造論と上訴の利益を対比して論じるのが、福永⑤776頁以下。
- (5) 上訴の利益と不服の意味については、上野②235頁注1を参照。

- (6) 不服の語は、控訴状の記載事項を規律するテヒョー草案451条3号（不服ノ点及ヒ其理由）と明治民法401条3項（判決ニ対シ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ）で用いられるが、ここでの不服は控訴理由や審判範囲の意味で用いられていると解される。
- (7) 上野②234頁参照。ドイツではそのようによぶことも、よばれることもない。
- (8) Brox, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung, ZRP 81 (1968) 379, 411.
- (9) Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 17. Aufl. 2010, § 135 Rdnr. 24; Musielak, ZPO, 9. Aufl. 2012, Vor §§ 511 Rdnr. 26; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl. 1994, Bd. 5 Einleitung V Rdnr. 72; Rimmelpacher, Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, Vor 511 ff. Rdnr. 65.
- (10) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法（第7版）』（2012年）項目番号926, 松本・前掲注（2）基本法コメ5頁。

II 「不服」概念に関する議論の再確認

本稿が問題とする不服の利益論については、ドイツ法で行われてきた議論が日本法に導入されていると評価することができ、井上理論をめぐる議論⁽¹¹⁾を別にすれば、日本法の内部で独自の議論が展開されてきたわけではない。しかし、仔細に議論を見直してみると、ドイツ法で展開された不服概念の議論が、そっくりそのまま日本に導入されたわけでもなさそうである。そこで、本稿では、学説の継受プロセスを現段階において点検するという視点を立てて、不服の利益の意味を明確にすることを試みる。

1 (旧)実体的不服説か形式的不服説か

最初に、実体的不服の概念と形式的不服の概念の意味をあらためて検討する。この2つの概念は、原審で全部勝訴した当事者が請求の拡張や反訴の目的で上訴することはできるか、という論点をめぐる議論の対立であり、ドイツ法の初期に展開された議論である⁽¹²⁾。これについて、より有利な判決を得ることができる可能性を基準とする実体的不服説（実質説）は、上訴ができると解する。他方、形式的不服説（形式説）では申立てと原裁判との間の食い違いがないので、不服が認められない。

なお、理論上は、実体的不服を要件とする考え方と不服が上訴要件とはならないとする見解は区別される。ただし、実体的不服説では、より有利な判決を得る可能性を具体的に主張立証しなければ上訴を提起することができないとは考えられていないから、⁽¹³⁾ 不服不要説との区別は、当該論者において不服が要件となると述べているどうかという表現上の違いに止まる。

2 形式的不服説の到達点

(1) 現在のドイツ法では、形式的不服説が一般的な考え方として支持されている。したがって、全部勝訴者の不服は否定される。予備的請求で勝訴した原告も、主位的請求棄却について主位的請求のみを基準として控訴⁽¹⁴⁾ することができると考えられている。

(2) 次に、形式的不服説はどのように公式化されているかを検討する。これは、申立てと対比される対象がどのように理解されているのかを明らかにするための作業である。

一般に、形式的不服説の立場に立つ教科書等では、「不服は、求められた裁判と行われた裁判との比較から判定される。後者が前者に権利保護目的の点で及ばないときは形式的不服がある。」といったような形で記述⁽¹⁵⁾ されている。類似の記述として、「不服は双方当事者について、裁判によって付与された権利保護が当事者によって攻撃的または防御的に求められた権利保護⁽¹⁶⁾ にどの程度届かなかつたのかによって定まる。」というものもある。

もっとも、形式的基準を説明したあとで、不服については裁判の既判力の対象となる中身だけが原則的に基準となるとの記述も見出される。⁽¹⁷⁾ この点を明確に記述するローゼンベルグほかの教科書では、「形式的な不服の有無は、当該裁判の既判力の対象となる内容 (rechtskraftsfähiger Inhalt) と上訴人が原審で主張したことつまりその申立てにおいて定立した権利主張との比較から判明する。換言すれば、立てられた申立てと裁判所の当てはめ⁽¹⁸⁾ の結果 (Subsumtionsschluss) との比較から判断する。」とされている。

以上が、主要な現役の教科書・注釈書の記述の比較から得られた結果であるが、形式的不服は申立てと裁判の相違という形式から導かれると記述されていることに加えて、より実質的な基準の立て方、すなわち既判力の及び方を基準の内容から排除していないことが注目される。実は、日本の教科書等をあらためて読み直してみると、やはり同様の記述を見出すことができるが（後述する）、このことは、あまり意識されていなかったように思われる。では、このように既判力に注目する記述の意味はどのように理解すべきなのだろうか。これは、判決の効果が不利に及ぶという意味での実体的な不服がないときに、形式的不服の存在だけを理由に不服があるとは考えられていないという意味である。⁽¹⁹⁾さらにいえば、形式的不服説とは、実体的不服の存在に加えて、申立てと裁判との食い違いという形式を要求する考え方であると理解することもできる。したがって、形式的不服説にあっても、形式的不服さえあればそれで足りるわけではないことは、そのように誤解される傾向があるけれども、改めて確認しておかなければならない。もっとも、新実体的不服説からは、既判力の対象となる裁判を引き合いに出すだけでは足りず、形成力など他の判決効にも注目する必要があるとの批判があり、この点は別に考える必要がある。

(3) さて、このような確認作業を行った結果から、議論はさらに別な方向へと発展する。すなわち、申立てと裁判との形式的な食い違いを問題とすることができないときに、形式的不服説は、実体的不服の存在だけで不服を肯定するという例外（例外的不服）を認めることになるのかということである。ドイツ法では、判例が被告側の不服についてはこの例外的処理を認める。また、それ以外のどのような場面で例外的な不服が認められるのかということも問題となる。日本法では、前者の点はほとんど問題視されていない一方で、後者の点はかなり広範囲の例外を問題としている。そこで、例外的不服についてのドイツの議論をあらためて概観する。

1) まず、申立て通りの裁判がされたが、その効力は申立人にとって不利益である場合としては、ドイツ法が認める認諾判決（ZPO 307条）があげ

られる。しかし、意思表示の瑕疵があるときは別論として、申し立て通りに認諾判決を受けた被告には不服の利益がないとされ、学説は形式的不服説を貫徹する。⁽²⁰⁾ただし、判例は別異に解する。⁽²¹⁾

2) 第2に、ドイツの判例は、帝国大審院 (RGZ 13, 390) 以来一貫して形式的不服説を採用するが、現段階で重要な例外 (実体的不服を基準とする) となるのが、被告については実体的不服によるという規律である。⁽²²⁾したがって、被告に関してだけは、その法的地位の毀損という実体的不服概念によって不服の有無を判断する。その理由は形式的であり、被告の請求棄却の答弁は審判対象ではなく、原告の申立てだけが審判対象となるから、被告の申立ては意味を持たず、上級審でより有利な判決が得られるかどうかだけで決めればよいと解するのである。⁽²³⁾学説は当事者の平等性に反するとして、こぞってこれに反対している。⁽²³⁾

3) 職権による裁判がされる場合については、それに実体的不服がある当事者に上訴を認めるとされる。⁽²⁴⁾差戻判決については、上訴人がそれを申し立てたととしても申立ては基準にならず、差戻判決の拘束力についての実体的不服が基準となる。⁽²⁵⁾

4) 最後に、例外的不服 (形式的不服がないとき) を認めるべき場合としては、次の3つがあげられることが多い。

- ① 被告が原審で何も申立てを立てなかったときは、実体的不服を基準とする。⁽²⁶⁾
- ② 離婚訴訟または婚姻取消訴訟で婚姻を維持するために、申立人は上訴することができる (この場合は不服が上訴要件ではないとみる説もある)。⁽²⁷⁾
- ③ 婚姻関係事件で勝訴した申立人は、抗告審で申立てを変更する目的で上訴することができる。⁽²⁸⁾

3 新実体的 (規範的) 不服説

(1) 日本でそのようによばれている新実体的不服説は、実体的不服の存

否だけで不服の必要性を判定するべきであるとする見解であり、この見解が実体的不服だと理解するのは、なされた判決の効力が上訴人に対して不利益に作用することである。与えられた裁判が原審で上訴人が立てた申立てに及ばないという形式的不服は、単に実体的不服の徴憑・間接証拠（Indiz）にすぎないとされる。

この考え方の原型は、ブロックス（Brox）によって主張されたものであり、その利点として、不服の存否が単純かつ容易に判定できること、すべての事例を適切かつ例外を認めずに処理できることが主張された。なお、現段階のドイツ学説では、この説のように実体的不服概念を理解しているが、新実体的不服説という呼び名が使われることはない。また、この学説は、被告側だけでなく原告側についても実体的不服のみを基準とする説であると一般に理解されている。

(2) では、形式的不服説のどこが問題とされたのだろうか。この点を詳細に論じるのがオールドルフ（Ohndorf）の学位論文⁽²⁹⁾である。この説は、おおむね3つの問題点を論じる。

第1に、形式的不服がないが実体的不服はある場合（原審で申立てがないとき、職権で裁判がされるとき）に、厳密な意味での形式的不服説では不服を肯定できないことを指摘する。

第2に、形式的不服はあるが実体的不服がない場合について不服を肯定できるとすれば、その根拠はどこにあるのかについて疑問を呈する。

第3に、実体的不服があっても形式的不服がなければ上訴できないことの理由を形式的不服説は説明できているのかを問題とする。形式的不服説は、なぜ全部勝訴者に不服を認めないのかを論じる場合、それを原審で行った申立てに対する責任という観点から説明する。これについてオールドルフは、訴訟上の申立ては形式的不服の基準とならず、職権により裁判ができるがあえて申立てがあるときについても、その申立てについては責任を持つべきだ⁽³⁰⁾というバウア（Baur）の議論には理由がないとする。請求棄却の申立てには判例とは反対に意味があると解するが、そうであれば、

原告・被告双方について形式的不服説が妥当するべきであると論じる。そのうえで、形式的不服がなければ上訴できないとする説は、原審の申立てを全部認容した場合には、その原審判決をもって修正の余地のない最終的な処分効果を付与するのと同じことになるが、それでは控訴審で更新権があることと矛盾する。原審で上訴人がどのような申立てや訴訟追行（より広い意味で *Verhalten* という語が用いられる）をしたのかは不服にとって何ら関係がないのであり、原審での訴訟追行の当否は控訴審で審査すれば足りる。このようにして、この説は、原審での上訴人の訴訟追行は不服の基準にならないと解する。

以上の議論は、そのまま突き詰めれば旧来の実体的不服説に帰するよう⁽³¹⁾にも思われ、そのために日本（とくに上野説）では、この第3の理由づけは重視されていないようであるが、あえてこのような主張の意味を積極的に評価するならば、新実体的不服説は不服概念から上訴人の自己責任の要素を排除することに意味があるということになろう。⁽³²⁾

(3) 最後に、その後の展開であるが、現段階で当事者双方ともに(新)実体的不服を基準とする見解はドイツでは主張されていない。より正確に言えば、この議論に追随した論者は見当たらないということである。もっとも、かといって、この議論に対して正面から批判の論陣を張った文献も多くはない。⁽³³⁾この論争は、証明責任に関する論争とどこか類似した形で展開されているように見えるが、証明責任論とは異なり、異説が従来の考え方の修正をもたらした⁽³⁴⁾ということはないと思われる。

(1) 福永⑤776頁以下、高橋⑥597頁以下参照。

(2) 初期のドイツ法での議論状況は、Ohndorf, *Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzungen im deutschen Zivilprozessrecht*, 1972, S. 26 ff. で紹介されている。このことを日本ではじめて詳細に報告したのが小室①14頁以下。なお、日本では判例が一貫して形式的不服説に立っていた一方で、戦前期には実体的不服説が学説上支配的であったことが知られている（福永⑤759頁から762頁参照）。当時の日本学説で最も参照されたヘルヴィツヒの体系書がこの説であったこと

に影響されたのであろう。

- (13) ヘルヴィツヒ（Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1, 1912, S. 836）もプランク（Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. 2, 1896, S. 443 f.）も、より有利な裁判を得られることは実体要件（上訴に理由があるとするための要件）と解している。
- (14) Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O., Einleitung V Rdnr. 79 ; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 135 Rdnr. 16.
- (15) Schilken, ZPR, 6. Aufl. 2010 Rdnr. 874 ; Lüke, ZPR, 10. Aufl. 2011 Rdnr. 387 ; Jauernig/Hess, ZPR, 30. Aufl. 2011 § 72 Rdnr. 19.
- (16) Rimmelspacher, a. a. O., Vor §§ 511 ff. Rdnr. 14.
- (17) Jauernig/Hess, a. a. O., § 72 Rdnr. 21 ; Lüke, a. a. O., Rdnr. 387 ; Musielak, a. a. O., Rdnr. 20, 22 ; Blomeyer, ZPR, 2. Aufl. 1985, § 97 II 1.
- (18) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 135 Rdnr. 8, 10.
- (19) Ohndorf, a. a. O., S. 92 f. ; Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O., Einleitung V Rdnr. 77, 89. なお、右田堯雄「不服の利益の存在と控訴保護の必要性の欠缺」判タ 349号（1977年）49頁，51頁を参照。
- (20) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 135 Rdnr. 9 ; Rimmelspacher, a. a. O., Rdnr. 27 ; Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl. 2012, § 511 Rdnr. 18 ; Jauernig/Hess, a. a. O., § 72 Rdnr. 24.
- (21) Vgl. Ohndorf, a. a. O., S. 90 ; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO 32. Aufl. 2011, vor § 511 Rdnr. 19 ; Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O., Einleitung Rdnr. 84 Fn. 155.
- (22) Vgl. Schilken, a. a. O., Rdnr. 875. 上野②242頁注10参照。
- (23) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 135 Rdnr. 22 ; Schilken, a. a. O., Rdnr. 877 ; Lüke, a. a. O., Rdnr. 388.
- (24) Vgl. Ohndorf, a. a. O., S. 90 f. Rimmelspacher, a. a. O., Rdnr. 19は形式的不服があるとする。
- (25) Rimmelspacher, a. a. O., Rdnr. 51.
- (26) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 135 Rdnr. 20
- (27) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 135 Rdnr. 21 ; Rimmelspacher a. a. O., Rdnr. 22.
- (28) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 135 Rdnr. 21, § 166 Rdnr. 74.
- (29) Ohndorf, a. a. O., S. 97 ff.
- (30) Baur, JZ 1965, 186 f. 実体的不服を基準にするとしていた旧説（Baur, Zur Beschwer im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, Festschrift für Lent, 1957, S. 14）を改めたものである。
- (31) 栗田③77頁はそのように論じる。

- (32) 栗田③76 頁参照。
- (33) Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O., Einleitung Rdnr. 83.
- (34) 証明責任論争では、ローゼンベルグの規範説に対する原理的批判の結果として、現段階の多数説は修正された規範説に落ち着いたとみてよい。しかし、不服概念については、ドイツの形式的不服説が実体的不服を考慮しない見解ではなかったことから、新実体的不服説によって形式的不服説が修正されたと理解することはできない。

Ⅲ 形式的不服と(新)実体的不服は相容れない概念か

1 疑問点

日本の文献から読み取ることができる形式的不服説と新実体的不服説の議論は、ドイツでの議論とは様相が異なる。すなわち、日本で新実体的不服説に共感を寄せる文献では、形式的不服がないのに不服を認める場合が多すぎることに、その例外を認める理由が明らかではないことに形式的不服説の根本的な問題性を求め、新実体的不服説に依拠することで例外のない統一的な処理ができることから、その理論的な優位性を主張する⁽³⁵⁾。その上で、例えば予備的相殺の抗弁で勝訴した被告の不服を判決理由を考慮して認める立場に対して、「判断内容が基準になると説かれるところに、実体的なものをなにごしか考慮しているように思われる。」と論じ、形式的不服説との峻別を明確にしようとしている⁽³⁶⁾。また、形式的不服説の内部で例外的な不服を認めるべき場面についての議論が錯綜している点でも、ドイツ法とは異なるように思われる。以下では、このような議論の違いについて、筆者としての分析を行いたい。

2 形式的不服と(新)実体的不服の意味内容の確定

(1) まず確認しておくべきことは、判決効の及び方を考慮することが形式的不服説にとって概念矛盾をもたらすわけではないということである。このことは、ドイツの新実体的不服説も認める。また、形式的不服説に立

つ日本の文献も、「不服の利益は、判決の効力の生じる事項について認められる⁽³⁷⁾」,「裁判が上訴人に不利益であるとは、上訴人の原審における権利主張に比し、裁判—裁判の既判力に親しむ内容—の与えるところが小であることをいう⁽³⁸⁾」などと説明をしているのであり、形式的不服と(新)実体的不服は相容れない概念ではないことは、実は日本でも古くから承認されていたのである。したがって、形式的不服説においても、不服の実体は、原判決が確定することで生じる判決の効果の上訴人に対する不利益な及び方に求めることになり⁽³⁹⁾、だからこそ、申立てが受け入れられないことによって不服が生じると理由付けることになるのである。そのため、新実体的不服説が、既判力等によりその請求を訴訟上主張する機会が奪われることが不服の実体であると論じても、それだけでは、形式的不服説との実際上の違いは浮き彫りにならない。このことは日本の新実体的不服説も認める。

ただ、形式的不服説は、不服には実体があることを認めた上で、さらにその上に、申立てに裁判が及ばないことという要件を設定する。これが過剰な規制であるというのが、新実体的不服説から形式的不服説に対する本来のあるべき批判でなければならない。したがって、新実体的不服説が形式的不服説に対して理論上の優位性を獲得しているというのであれば、形式的不服説が設定する形式的な基準を撤廃して実体的不服だけを基準にしなければ、不当な結論に至ることを積極的に論証しなければならない。基準が明確であるとか、例外的事情を統一的に説明できると述べるだけでは、正面からの論証にはなっていないのではなからうか。あえて正面から論じようとするならば、原審での申立ての基準性を認めることが形式的不服説の問題であると論じることになるはずであるが、日本の新実体的不服説の論者は、この論法を避けている。これは、すでに指摘したように、このような方向から論じようすると、控訴審でより大きな請求をすることができる可能性に注目する旧来の実体的不服概念に後戻りする危険があるからであると思われる。このあたりに、新実体的不服説に内在する論理的な危うさがあるように感じられる。

(2) もちろん、新実体的不服説には、大きな功績があることは疑いがない。なぜならば、問題となる類型を統一的に説明できるような基準が確立できるのであれば、それに越したことはないからである。具体的にいえば、形式的不服がない（申立てと主文の一致がある）が、そのまま判決が確定すると判決効が不利に作用する場合について不服を認めるというのが、望ましい帰結である。そして、この望ましい帰結を形式的不服説から導くことは、たしかにむずかしいように思われる。その意味では、判決の効果という実体だけに注目することは、説得力のある考え方であることはたしかである。また、法律解釈論を考える場合、例外的な事象から普遍的に妥当するルールを推論するという手法は特に珍しいことではない。すなわち、新実体的不服説は、例外事象を素材にして、そこから共通するルールの基礎となる要因を白日の下に顕出したというところに、その意義がある。したがって、新実体的不服説が例外事象を説明するための道具概念にすぎないと見ることは、皮相的な理解というほかない。

(3) ところで、形式的不服説が例外を認めるときに、新実体的不服説が指摘するように、判決の効果の及び方という実質をかならず考慮して例外的不服を認めているのであろうか。このことは、実ははっきりしないように思われる。換言すれば、上訴審での審理の継続を容認するための要因として、そのまま確定させると不利な効果が及ぶことだけが考慮されているとは必ずしも断定することができないということである。さらに踏み込んで述べると、新実体的不服説の提唱する基準はあまりに単線的であって、上訴の利益論のみで処理しきれない（かもしれない）問題を上訴の利益論の中にむりやり取り込んではいないかという疑問が払拭できないのである。また、この説は、判決の効果が不利に作用するかどうか注目するため、その見極めのために、さらに別な実質的判断基準を導入せざるを得ないという弱点がある。このことは指摘されたことがないが、かなり重要な問題であると解する。⁽⁴⁰⁾

以下では、(a) 形式的不服があるが、判決が確定しても判決効が不利に

作用することはない場合について、不服を否定することになるのかという問題、(b) 予備的相殺の抗弁による請求棄却判決と被告の上訴、(c) その審級の終結によって紛争を終わらせることが妥当なのかどうかという意味では上訴の利益の問題であるが、第1審への手続集中が求められる場合かどうかという実質論が決定的な意味を有する場合の3つに区分をして、それぞれを論じてみたい。さらに、(d) 被告側の不服の問題と、(e) 処分権主義違反を除去するための上訴の利益の問題も検討する。

- ③5 上野①247頁、高橋⑥595頁、鈴木正裕＝鈴木重勝編『注釈民事訴訟法（8）』（1998年）32頁〔鈴木重勝〕。栗田③76頁は新実体的不服説に賛成する趣旨の結論を述べるが、形式的不服説との関係では自説をそれほど鮮明に対立関係にあるとは見ていないようである。
- ③6 上野泰男「上訴の利益」長谷部由紀子ほか編著『基礎演習民事訴訟法』（2010年）287頁の松本説に対するコメントを参照。
- ③7 兼子一『新修民事訴訟法体系（補訂増訂版）』（1965年）441頁。
- ③8 菊井維大「上訴制度」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座3巻』（1955年）856頁。
- ③9 松本・前掲注（2）基本法コンメ6頁は「形式的不服説は判決が確定した場合に生じるべき既判力の内容を基準として、当事者の申立てとの比較の下に不服の存否を判断する見解である」と論じる。
- ④0 その意味では、新実体的不服説は二段階の基準にもとづく学説である。なお、上野②234頁は、「後訴をまっていたのでは救済されえないような致命的な不利益をこうむること」という形で不利な判決効を定式化するが、これだけでは基準としては機能せず、上野説も、実際には結論の妥当性から論じているように思われる。

IV 個別問題の検討

1 形式的不服はあるが実体的不服はないとされる場合

(1) 形式的不服がある（申立てに主文が及ばない）が、判決が確定しても判決効が不利に作用することはない場合には、不服を否定することになるのだろうか。新実体的不服説をそのまま適用するならば、このような類型では不服はありえないことになる。果たして、そのような理解でよいの

であろうか。日本で主として問題とされるのは、被告が請求棄却を求めたのに訴えが却下されたときに、請求棄却を求める不服の利益があるのかという論点であるが、これは別に検討する。

次に、ドイツ法では、請求の客観的予備的併合で主位的請求棄却・予備的請求認容の場合に、原告の立場からは、否定された申立てと同じ価値の法的利益が与えられているから上訴の利益がないのではないかとの議論が⁽⁴¹⁾されている。しかし、いずれの請求が認容されてもよいとの意思で提起される選択的併合であればともかく、審判順序の指定に拘束される予備的併合の場合、2つの請求の法的意味は異なるから予備的請求になっているのであり、予備的請求が認められたのだから原告の権利保護要求は満足したとの議論は成り立たないのではなからうか。

(2) 問題があるのは、誤って一部判決をしてしまった場合に上訴できるかという論点である。この場合形式的な不服はあるが、未判決部分は既判力の対象ではない。したがって不服がないとすることは、実体的不服がないことを考慮して初めて導かれる結論である。新実体的不服説はこのように形式的不服説を非難する⁽⁴²⁾。しかし、合一確定の必要がある請求（民訴法 40 条、47 条）について誤って一部判決をしたときは、違法に全部判決があったものとみなして上訴させなければならないから、実体的不服がない⁽⁴³⁾ので常に不服がないとの結論はとれない。より根本的には、この誤った一部判決の事例では申立てに対する応答がないのであるから、不服以前の問題として上訴の対象となる裁判がないから上訴できないのが本則であると論じるべきではなからうか⁽⁴⁴⁾。例外的に全部判決があったものとして扱われる場合は、合一確定の必要に基づいてこの本則に対する特例が認められるだけにすぎないのである。要するに、この問題を不服概念の優劣を判定する試金石とするのは適切ではない。

もっとも、瑕疵が重大で判決が無効と解されるときでも、形式上は確定しその外見を除去するために無効判決に対する上訴、再審を認める説もあるから、この説を採用するときには、たしかに判決効を持たない裁判に対

する不服の問題をクリアしなければならないように思われる。⁽⁴⁵⁾その場合は、形式上は確定した判決があるとの外観から生じる危険を除去する利益から不服を基礎付けることになるう。

以上、無効判決という特殊事案を別にすれば、形式的不服があるが実体的不服がない場合の処理に関する議論は、形式的不服説の致命的欠陥を明らかにしたとはいえ、新実体的不服説では、判決効の不利な及び方とは異なる意味での実体的不服を想定せざるを得ないのではなかろうか。

2 予備的相殺の抗弁と上訴

次に、予備的相殺の抗弁による請求棄却判決と被告の上訴について考える。日本の形式的不服説の代表格である小室説は、この類型を形式的不服説の例外と明確に位置づけ、反対債権を犠牲にした点で、実質的には敗訴の判決であり、しかも犠牲にした反対債権について既判力が生じるのであるから、例外として不服を認めざるを得ないと述べる。⁽⁴⁶⁾

さて、どのように説明するのかであるが、このような類型では、民事訴訟法114条2項が原則的な規律をあえて変更して、判決理由中の判断に対する拘束力を正面から認めていることを前提とした解釈論を考えなければならない。すなわち、法律自体が原則的なルールを修正して、例外的な規律を採用したために、その結果として、原則ルールを様々な箇所では修正しなければならないという問題が生じ、不服の利益においても同様な修正が求められるというだけのことではなかろうか。このように考えるならば、予備的相殺の例を形式的不服説の例外とすることが、この説の論理的欠陥を意味することにはならない。

もっとも、修正という説明は適切ではなく、本来の不服概念に戻って既判力の及び方から不服を認めることになるというのが正しい説明であろう。形式的不服を想定するならば、被告の請求棄却の答弁は請求債権の不存在のみの確定を求めた申立てにすぎないから、自己の反対債権も失う棄却判決は求めた救済よりも小さいという議論は成り立つように思われる。⁽⁴⁷⁾

なお、ドイツ法では、この類型を例外的不服とは説明せず、訴求債権の存在を肯定し反対債権を認めて棄却した判断に対して被告が不服を有すると説明される。⁽⁴⁸⁾ いずれにしても、形式的不服説に立つ文献がすべて、この例を例外として位置づけてはいないことには注意が必要である。

3 例外的不服に関する事例の検討

形式的不服説が例外的に不服を認める場合として、日本の文献では、次の4つをあげるのが一般的な傾向である。⁽⁴⁹⁾

- ① 予備的相殺による棄却判決に被告が不服を有すること
- ② 原判決の取消し、差戻し判決を求めて控訴した控訴人の申立てどおりの控訴審判決があった時に、その理由が控訴人に不利であるとの理由から、上告する場合
- ③ 黙示の一部請求で全部勝訴した原告が請求の拡張をするために上訴する場合（明示の一部請求に関する新堂＝高橋説の場合にも同じ問題が生じる）
- ④ 離婚請求の訴えに対して勝訴した被告が、人事訴訟法 25 条の別訴禁止規定によって自分から離婚請求の訴えを提起できなくなることから、離婚の反訴をするために上訴する場合

このうち、①の例は、すでに検討したように形式的不服説の例外には該当しない。そこで、残りの3点を検討するが、これらの類型では、予想される判決効の不利益性を問題としたところで、それは判断基準としては決定的な意味を持たず、したがって、これらの類型を統一的に説明できるからといって、新実体的不服説の理論的優位性を論証したことにはならないと解する。

(1) 第1審判決の取消しと原審への差戻しを求めて控訴を提起したところ、控訴審で求めた通りの取消差戻判決を受けた当事者が上告できるかという問題（上告の利益）から検討する。

通説は、差戻しの理由となった判断が控訴人に不利に作用するならば、

控訴人にとって不利な取消理由を有利な理由に交換するために例外的不服が認められると解している⁽⁵⁰⁾。たしかに、形式的不服説からすれば、差戻しを求めた当事者がその通りの判決を受けたのだから、形式的不服は存在しない。したがって、例外的不服があると論じるのであろう。しかし、形式的不服説がこの類型で申立てと裁判との食い違いを問題とするのは、説明としてはおかしい。というのは、形式的不服が存在しないとの説明は、その前提として、控訴人が立てた「原判決を取り消して第1審裁判所に差し戻すことを求める」との申立ての基準性を認めることになるからである。すなわち、控訴裁判所が原判決を不当としたときにそれを取り消すのは当然としても（民訴法305条）、さらに差戻しと自判のいずれを選択するのは控訴裁判所の裁量に委ねられるのであり、むしろ控訴審の構造上は自判が原則である。そうだとすると、控訴人の申立てのうち、少なくとも差戻しを求める部分には控訴裁判所を拘束する効力はないのであり、これに対して基準性を認めたいうでの議論は、そもそも議論の前提を欠く。したがって、申立ての基準性が考えられないから、直接的に実体的不服が基準になると本来は論じるべきなのである。

そうだとすると、新実体的不服説が、裁判所法4条による判決理由中の判断にまで及ぶ拘束力の作用に注目して、理論通りの処理が可能になると論じることは説得力があるように見える⁽⁵¹⁾。しかし、実体的不服を認めることができるのかも、あいまいなところがある。というのは、ここで実体的不服を基礎付けるのは、裁判所法4条による上級審の判決の拘束力であるが、この拘束力の対象となる差戻しの理由の判断が控訴人（＝上告人）にとって有利なのか不利なのかということは、いったいどのような基準で判断するのであろうかという疑問があるからである。控訴人が求めた理由と異なるならばその者にとって不利ということになりそうであるが、それでは有利、不利という実体的な基準は立てられていないことになる。たしかに、拘束力の対象とならない理由と拘束力の対象となる理由との間には、拘束力が及ぶことによる不利益という実体的な不利益を想定するこ

とはできる。しかし、等しく拘束力がある理由の間での有利、不利は、訴えの申立てについての不服がそうであるように、求めたものに及ばないものしか得られなかったという形式的不服で判定するより仕方がないのではなかろうか。もちろん、その拘束力のゆえに別な訴訟物を立てた請求をすることができなくなるときは別論であるが、取消差戻判決の拘束力は手続内部に限定されるものであり、別な請求を失権させるような致命的な効力ではない。したがって、この類型で控訴人(=上告人)に不服を認めようとするのであれば、差戻しの申立てにあえて基準性を認めた上で、拘束力の対象となる申立てを支える理由を差戻しの申立てに合体させた総体を基準とした形式的不服説で説明するべきである。例外的不服があるとか、実体的不服があるといった説明は、無用な説明といわざるを得ない。⁽⁵²⁾

このように考えてみると、控訴審判決における差戻しの理由がどのようなものであったかということは重大な問題ではないことがわかる。では、何が決定的なのかというと、それは、差戻判決に対する上告(受理)申立てを認めるのと、いったん上告審の開始を否定するのとで、最終的な紛争解決にとってどちらが望ましいのかという政策判断なのである。判決理由が不利な場合には上告できると一般に論じられるが、これは、その判決理由が憲法違反であるか法令違反であるような場合でなければ、上告を理由付けることができないということを表現しているだけなのではないのだろうか。

(2) 次に、黙示的一部請求、および新堂=高橋説の理解による明示的一部請求で、残額請求が失権するという結果の過酷さを考慮して全部勝訴した原告に不服を肯定する説を検討する。⁽⁵⁴⁾ 思うに、これは、上訴の利益の判断基準の適用問題ではなく、第1審段階で請求を拡張する責任を課することが相当なのかどうかという政策論的な問題に帰するのではなかろうか。換言すれば、黙示的一部請求の全部認容判決の既判力自体が、早期の請求拡張を原告に対して要求していると見てよいのかどうか問題になると思われる。形式的不服説の論者の多くが、この例について不服を否定すると

きに、形式的不服の不存在ではなく、第1審段階で請求を拡張することができた点を理由としてあげていることは⁵⁵⁾、この問題をもって上訴の利益の判断基準の巧拙を論じることが必ずしも適切ではないことを示唆する。なお、被告側については、一部額を超えた債権全体の存在を争うことで全部棄却に追い込めば、残額請求を遮断することができるので（最判平成10・6・12民集52巻4号1147頁参照）、以上の議論は考慮しなくてよいであろう。

(3) 以上のように考えてゆくと、人事訴訟を典型とする別訴禁止ルールがある類型で棄却判決を受けた被告側の上訴についても、判決効の不利益性から説明する必要はないという考え方に至るのではなからうか。すなわち、別訴禁止効のねらいは前訴手続内部での関連紛争の集中的解決にあるのだから、一度の訴訟手続で集中的に関連紛争を解決するという立法趣旨を実現するためにも、一般原則と比較して上訴の利益を緩く認めざるを得ないという説明がまず成り立ち得る。逆に、人事訴訟法25条が第1審段階という早期での請求拡張や反訴提起を当事者に対して要求していると見てよいということになれば、そのような要求に応じなかった当事者にあえて上訴を許す必然性がないとの議論も可能となってくるはずである⁵⁶⁾。したがって、ここでも判決の効果が不利に及ぶかどうかを論じるだけでは、上訴の許容性の決着はつかないのではなからうか。

4 形式的不服説は、被告の不服の存在を確定できるか

ドイツにおいて判例と学説の間で激しく議論されたのが、被告についても形式的不服説は適用されうるかという論点であった。これを抽象化すれば、当事者の申立てを想定できない場合およびそれに準じるような場合の扱い方である。興味深いことに、この論点は日本では重視されていない⁵⁷⁾。しかし、形式的不服説にとって難関であることは否定できない。

(1) まず、被告が請求棄却の答弁の記載をした答弁書を提出せずに最初になすべき口頭弁論期日に出頭せず、請求原因事実に対する擬制自白が成

立した結果敗訴した場合が問題となる。この場合に、請求棄却の申立てがあったと解してもそれは擬制的な意味しかなく、実体的な不服を基準にして、より有利な判決を求めて上訴できると考えなければならないであろう。⁽⁵⁸⁾ただ、ここでの実体的な不服は、新実体的不服説と同様に、認容判決による不利益を除去することについての被告の利益と解さなければならない。

なお、ドイツの判例は被告の請求棄却の申立ての基準性を否定するが、日本法の解釈としてはこのような議論を受け入れる必要はない。たしかに、請求棄却の答弁は必要的でなく、それがなくても、原告の請求に理由がなければ請求は棄却されなければならない（訴訟要件がなければ同様に却下されなければならない）ものである。したがって、被告側についても形式的不服説を適用できるかどうかは、一定の理由付けを要する。ドイツの議論は、棄却の答弁がなくても棄却すべきものは棄却されるのだからそれは重要ではないということであろうが、これは批判にならない。というのは、被告が本案についてどのような態度を取ったのかということが、訴訟の進行にとって決定的な意味を有する以上は、棄却の申立てが重要ではないということにはならないからである。このことは、請求認諾の申立てがあれば訴訟は終結することからも明らかであろう。したがって、被告が請求棄却の答弁という本案の申立てをしていたときは、これが形式的不服説における基準となる。

(2) 次に、訴え却下の申立てに対して請求棄却の主文で答えた場合に被告が上訴することができるかについては、新実体的不服説では、棄却判決の既判力のほうが有利であるとの理由から、上訴の利益はないと解すると思われる。⁽⁵⁹⁾形式的不服説では、訴え却下の答弁自体が申立てになりえないとして、形式的不服の存在自体を否定する。⁽⁶⁰⁾もっとも、形式的不服説では、訴え却下の答弁自体が申立てになりえないことから、実体的不服が直接的な不服の判断基準になると論じるべきであろう。しかし、いわゆる妨訴抗弁の場合（仲裁契約の主張）は、この主張に申立てとしての基準性を認めて形式的不服説を適用できると論じる余地があるかもしれない。

(3) 請求棄却の申立てに対して訴え却下の主文で答えた場合の処理は、形式的不服説、新実体的不服説いずれにとっても理論上最大の関門となる。

まず、すでに批判があるように、この問題で新実体的不服説は困難に直面する。なぜならば、判決の効果が不利に及ぶ将来的な可能性という観点からすると、訴え却下判決の既判力は被告に対して実体的な拘束力を何ら有するものではなく、より有利な判決効を求めるための上訴を想定することができないからである。⁽⁶¹⁾すなわち、判決効の有利・不利な及び方という基準は機能することができない。このために、「基本は形式的不服説とし、新実体的不服説はその例外を規律する補完的なものと位置づけるべきである。」と論じる見解があるが、この場合をとりあげて、新実体的不服説が例外事象を規律すると論じるのは、新実体的不服説の意味を過小評価するものであり、いささか便宜論のきらいがないではない。⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾

他方で、形式的不服説では、被告の請求棄却の答弁を申立てとして扱うことにより、この場合は、申立てによって求めたのよりも小さな救済しかえられなかったことになるとして、形式的不服説があると解する。⁽⁶⁴⁾しかし、この説明には、どこか不自然さが残る。なぜならば、訴訟物の実体に係る請求棄却判決と訴訟物という実体に触れない訴え却下判決とでは、いずれかが他方を包含するという関係にはないから、両者の間に大小関係を認識することはできないように思えるからである。もっとも、行政訴訟における訴えの利益や当事者適格がないことを理由とした却下判決のように、実体についての判断を含むとみてもよい訴訟判決もあるから、このような場合は形式的不服を否定することができるかもしれない。理論的には、形式的不服がある（申立てに主文が及ばない）が、判決が確定しても判決効が実際上不利に作用することはない場合については不服を否定すべきであり、結局、どの訴訟要件が欠けるのかという理由に遡った判断を要するようになる。⁽⁶⁵⁾すでに(2)の類型については却下理由ごとに検討する考え方が主張されているが、このことは(3)にも適用できるのではなからうか。

(4) ところで、訴え却下の理由ごとの検討を要するという考え方は、さらに、請求棄却理由の交換を求める上訴の可能性へと発展する。ドイツの確立した見解によれば、請求棄却判決を受けた原告が既判力に触れることなく再度の訴え提起をするには、当該棄却理由それ自体について事情が変動したことの主張を要するとされる⁽⁶⁶⁾。そのような理解が正しいのであれば、事後的な変動の可能性がある（または大きい）棄却理由から事後的な変動の可能性がない（または小さい）棄却理由に交換するために上訴ができる⁽⁶⁷⁾と解することにも一定の合理性があるように思われる。典型的な例は、現在給付の訴えが期限未到来を理由に棄却されたときに、被告が契約の無効による棄却を求めて上訴することができるとの考え方である。この例では、請求棄却という裁判所の応答の意味が申し立てた棄却の意味と比較して明らかに異なるのであるから、求めたものに及ばないものしか得られなかったという意味での形式的不服が認められると解する。

なお、判決理由中の判断に拘束力を認める場合、新実体的不服説は、より有利な理由との交換を認めることになるはずであるが⁽⁶⁸⁾、すでに述べたように、拘束力の対象とならない理由と拘束力の対象となる理由との間には、拘束力が及ぶ理由を選択されたことによる不利益という実体的な不利益を認めることはできるが、等しく拘束力がある理由の間での有利、不利は、判断することができないのではなからうか。

5 処分権主義違反を主張する控訴の利益

さらに、この議論に特殊な事例を持ち込んだのが、処分権主義違反の第 1 審判決に対する控訴の利益を結果的に肯定した最近の最高裁判決（最判平成 24・1・31 裁時 1548 号 2 頁）である。

一般に、処分権主義違反の判決を受けても判決が無効になることはないが、その判決に不服がある当事者は、上訴による取消しを求めることができると解されている。問題の最高裁判決の事例は、参加人が原告によって否定されている賃借権の存在のみの確認を求めたが、第 1 審判決はその主

文で賃料額まで確定してしまったというものである。この判例によれば、この判決は処分権主義（民訴法 246 条）に反するとされるところ、敗訴した本訴原告には、参加人の申立てが認容された限度で不服の利益がある。他方、勝訴した参加人は、形式的不服説によれば、申立てを全部認容された以上、その限度で不服を認めることはできない。なぜならば、形式的不服説における不服は、判決主文が申立てに及ばないという形式的な食い違いから認められるものだからである。⁽⁶⁹⁾学説上、処分権主義違反の判決で利益を受けた当事者は、上級審で訴えの変更または請求の拡張ができる限りにおいて、その判決内容に対応する請求を追加または当初の請求を拡張することで瑕疵を治癒させて、上訴の棄却を求めることができるとされている。⁽⁷⁰⁾この立論が、申立て以上の判決を受けた当事者には不服の利益が認められないことを前提としていることは明らかであろう。ところが、最高裁判決は、申立て以上の判決を受けた参加人に対して控訴の利益を肯定している。そこで、そのような扱いを正当化する根拠が問題となる。まず、最高裁判決の事案に限定して考えると、本件の場合、賃料額を確定した部分が参加人にとって有利であるとは限らない。むしろ判決が確定すれば、賃料がより低額であることを主張する余地がなくなる点で判決効が不利に作用するから、上訴による取消しの可能性を与えるべきであるとの判断が働いた可能性は高い。そうだとすると、この判決は新実体的不服説と親和的である。

では、処分権主義違反の事例について一般的に、形式上勝訴した原告に対する不服の利益を認めることはできるのであるだろうか。金銭給付請求訴訟で申立て以上の金額を認容されたという稀有な場合についてであるが、形式的不服説がいう形式的不服は、判決主文が申立てに及ばないという形式的な食い違いから認められるものに限られるのであると解するならば、この事案で原告の不服を認めることは、すでに述べたとおり、無理である。⁽⁷¹⁾新実体的不服説は、申立てを超えた主文の記載が本来の申立てをした当事者にとって不利に作用する場合に限り意味を持つところ、数量的な逸脱が

あった処分権主義違反の場合には、むしろその誤った判決は有利に作用する。より正確には、相手方にとって不利に作用すると見るべきであろうから、新実体的不服説でも、不服を認めることは不可能である。⁽⁷²⁾

しかしながら、翻って考えると、右の場合の判決は原告に有利な判決であるが、この申立てを上回る利益は原告の意思によらない利益であって、それを現実に取得するのか否かを、敗訴被告による上訴手続の開始を待つことなく、原告自身に判断する機会を与える必要があると論じることはできるようにも思われる。もっとも、強制執行段階まで広げて考慮すれば、原告がそのような利益の享受を拒むならば、執行申立ての範囲を縮小すればよいのだから、あえて上訴の利益を認めるには及ばないと論じることもし得る。⁽⁷³⁾ 結局は、処分権主義違反を重大な瑕疵とみるかどうかにかんづいて帰着するのである。⁽⁷⁴⁾

- (41) Ohndorf, a. a. O., S. 98 f. 形式的不服説ではこの場合に不服の存在が説得的に理由付けられるのかという疑問提起である。
- (42) Ohndorf, a. a. O., S. 100-102. 上野②241 頁。
- (43) 独立当事者参加の場合について最判昭和 43・4・12 民集 22 卷 4 号 877 頁参照。必要的共同訴訟の場合も同様に解する(伊藤真『民事訴訟法(第 4 版)』(2011 年) 626 頁, 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法 I (第 2 版)』(2006 年) 412 頁など)。請求の客観的予備的併合も同様である(最判昭和 38・3・8 民集 17 卷 2 号 304 頁)。
- (44) 栗田③74 頁参照。
- (45) 小室②17 頁, 新堂幸司『新民事訴訟法(第 5 版)』(2011 年) 677 頁, 鈴木・前掲注(35) 39 頁。
- (46) 小室②14 頁, 高橋⑥594 頁, 芳賀・前掲注(1) 235 頁など日本の多くの文献はこれを例外と位置づける。
- (47) 松本博之『人事訴訟法(第 3 版)』(2012 年) 210 頁から 211 頁, 松本・前掲注(2) 基本法コンメ 16 頁。いきなり相殺の抗弁を対抗した被告がそれによる請求棄却判決に対して不服を有するかどうかは別に検討を要する。松本・前掲注(2) 基本法コンメ 16 頁, 高橋⑥600 頁など参照。
- (48) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 103 Rdnr. 34; Rimmelspacher, a. a. O., Rdnr. 29. なお ZPO 322 条 2 項の正しい理解については, 松本博之『訴訟における相殺』(2008 年) 217 頁注 72 と中野貞一郎「相殺の抗弁」『民事訴訟法の論点 II』(2001 年)

153 頁以下参照。

- (49) 人事訴訟に特有の問題については松本・前掲注（47）211 頁以下参照。
- (50) 小室②16 頁。最判昭和 45・1・22 民集 24 卷 1 号 1 頁は、裁判所法 4 条「所定の拘束力が生ずる取消の理由となった控訴審判決の判断に不服のある控訴人は、右判決に対して上告をする利益を有し右判断の違法をいうことができる」とする。
- (51) 上野②239 頁，高橋⑥596 頁，鈴木・前掲注（35）35 頁。
- (52) ただし，上野②243 頁注 14 参照。
- (53) 上告を認めるかどうかでその後どのように展開するかは，高橋⑥602 頁で鮮やかに説明がされている。
- (54) 名古屋高金沢支判平成 1・1・30 判時 1308 号 125 頁。新堂・前掲注（45）885 頁，高橋⑥595 頁も一部請求全般について同趣旨を説く。
- (55) 小室①35 頁（残部請求定立の過失による怠りのときは例外を認めない），伊藤・前掲注（43）678 頁注 22（1 審で拡張できたことを重視）。さらに栗田③67 頁以下（その不利益が自己責任になじまないことが必要），松本・前掲注（47）210 頁。なお，第 1 審の審理の結果として同じ不法行為にもとづく損害額が請求額を上回ることが判明した場合は別論とする見解もある（兼子一原著『条解民事訴訟法（第 2 版）』（2011 年）1530 頁〔松浦馨〕，松本・前掲注（2）基本法コンメ 15 頁）。これは結果的に黙示の一部請求となった場合であるが，この例で不服を認めることが，黙示の一部請求の全部認容判決に対する原告の不服を否定する立場と整合するかどうかは疑問である。あえて整合的に論じるには，この場合は原告において損害額の全体像を知りえなかった事情を必要とするのではないかと考える。
- (56) 伊藤・前掲注（43）678 頁は，反訴提起目的での控訴の利益はないと論じる。なお栗田③65 頁，松本・前掲注（47）212 頁参照。請求異議訴訟で期限の猶予を主張して認容判決を受けた債務者が，弁済等による債務消滅を異議事由とする請求に控訴審で変更するために控訴を提起できるとされる（兼子・前掲注（37）440 頁，松浦・前掲注（55）1530 頁，松本・前掲注（2）基本法コンメ 15 頁）のも，同様の趣旨による（民執 35 条 3 項，34 条 2 項）ものである。
- (57) 河野正憲『民事訴訟法』（2009 年）798 頁は，被告側の不服についての検討が十分ではないと指摘する。
- (58) 松本・前掲注（47）211 頁注 10，栗田③64 頁参照。はっきりしないが，一般には，この事案は棄却の答弁を含む答弁書が提出された場合と区別されずに扱われているようである。認諾の申立てがない以上は，棄却の申立てがあると解釈するのが合理的だということであると思われるが，答弁をしていないときにも同じように解しうるかは疑問である。
- (59) その通りに却下された場合，棄却を求めて控訴できると解されている。このことについては鈴木・前掲注（35）37 頁以下の記述を参照。

- (60) 伊藤・前掲注 (43) 678 頁以下。ドイツの通説は被告の不服を否定する (Vgl. Stein /Jonas/Grunsky, a. a. O. Einleitung V Rdnr. 94)。
- (61) 高橋⑥595 頁, 笠井正俊=越山和広編『新コンメンタール民事訴訟法』(2010 年) 957 頁 [笠井], 鈴木・前掲注 (35) 37 頁参照。
- (62) 高橋⑥595 頁。
- (63) 松本・前掲注 (47) 209 頁注 5 を参照。
- (64) 伊藤・前掲注 (43) 678 頁, 松本・前注箇所参照 (ただし, 既判力の範囲を考慮して結論付けている)。最判昭和 40・3・19 民集 19 卷 2 号 484 頁も同趣旨。
- (65) 伊藤・前掲注 (43) 679 頁, 栗田③73 頁, 小室=東・前掲注 (2) 40 頁, 松本・前掲注 (2) 基本法コンメ 16 頁, 松浦・前掲注 (55) 1530 頁。梅本吉彦『民事訴訟法 (第 4 版)』(2009 年) 1042 頁は反対。
- (66) 詳細は, 拙稿「請求棄却判決と再訴の可能性—期限未到来による棄却判決を中心に (一)」近法 45 卷 3・4 号 (1998 年) 129 頁以下, 松本博之『既判力理論の再検討』(2006 年) 13 頁以下。
- (67) 松本・前掲注 (2) 基本法コンメ 16 頁参照。松浦・前掲注 (55) 1531 頁も同じか。最判昭和 31・4・3 民集 10 卷 4 号 297 頁は棄却理由を変更するための上訴の利益を否定する。請求棄却判決の場合, その訴訟物は一定の実体要件を欠くがゆえに (基準時点において) 不存在であることが既判力によって確定されていることになる。そのように考えると, 当該実体要件について変化が主張されないのに再訴ができるということにはならない (ドイツ法では既判力に触れる訴えは却下される)。もっとも, 私見はこの考え方には一定の留保を要すると考えている。拙稿「請求棄却判決と再訴の可能性—期限未到来による棄却判決を中心に (二・完)」近法 46 卷 3・4 号 (1999 年) 47 頁, 63 頁以下参照。
- (68) 上野②240 頁参照。
- (69) 小室②17 頁は, 申立て以上のものを認めた判決には形式的不服の点からは原告に不服がないとは必ずしもいえないとするが, そのように解するには, 申立てと裁判の食い違い一般を形式的な不服と解せざるを得ないであろう。松本・前掲注 (2) 基本法コンメ 5 頁は不服を否定する。ドイツの文献にも不服を認める記述がある (Stein /Jonas/Grunsky, a. a. O., Einleitung V Rdnr. 77)。
- (70) 前掲注 (55) 条解民訴 1359 頁 [竹下守夫]。松本=上野・前掲注 (10) 553 頁は, 小山昇ほか編『演習民事訴訟法』(1987 年) 298 頁 [松浦馨] を引いて, 上訴棄却の申立てに請求拡張の申立てが含まれると解する。
- (71) 高橋⑥595 頁は, 質的に異なったものを判決されたときは控訴の利益があるとする。
- (72) もっとも, 原告は認められた以上の金額を後訴で請求することができないと解するのであれば, 不服はあるともいえる。

- (73) 高橋⑥595頁。ただし所有権範囲確認訴訟で境界線を誤って広く判断した場合は、このような説では対応できない。
- (74) 申立てを超えた処分権主義違反の判決に対しては、形の上で有利な判決を受けた当事者（通常は原告）も、そのことを理由にして上訴できると解するべきである。このように、いわば特例措置として上訴権を認める扱いは是認する実質的な理由は、処分権主義違反という訴訟法規の違背は重大な誤りであり、申立てを超えた判断がされた限度でその判決は無効であることに求められるのではなかろうか。したがって、通常の上訴の利益論が適用されにくいのである。拙稿・民商147巻1号（2012年）98頁参照。

V 結 語

形式的不服説はなぜ全部勝訴者に不服を認めないのかという根本的な問題提起に対して、本稿は有効な解答を与えていない。全部勝訴者に不服がない理由は、当事者に向けられた申立てに対する自己拘束力（申立てに係る自己責任）に求められるが、⁽⁷⁵⁾ そうすると、原審でより大きい利益を請求できたはずであるのにそのような請求を結局立てなかったという原告の行動が基準となって裁判所は判決を行い、相手方もそれ以上の請求はされることがないものと信じたのだから、それをくつがえすような行動はもはやとるべきでないという点に実質的な根拠が求められることになりそうである。

もっとも、そのような拘束はそれほど強力なわけではない。全部敗訴した被告が上訴すれば、勝訴者側も、附帯控訴を要するかどうかは別論として、上訴審での請求拡張を禁止されないからである。ただ、この場合は訴訟の続行を決断した相手方は、請求が拡張される可能性も計算して行動すべきであるということはできるから、その場合は相手方の信頼保護の観点は重視されないことになり、全体としては整合的に考えることができるであろう。

なお、ドイツ法では控訴審での訴え変更等が強く制限されているから（ZPO 533条参照）、このような法制度では、1審段階でできる限りの請求

をしておくべきであるとの規律を立てやすく、全部勝訴者には控訴の利益を認めるべきでない⁷⁵⁾と論じることがより容易であると思われる。翻って日本法では、このような規制はもともと緩いものであったが、現在の民事訴訟法の規律が第 1 審重視となっていること、控訴審における更新権の制限が実際にはかなり厳しくなっている（いわゆる事後審的運用）ことを考慮するならば、請求の拡張等の措置をとることなく全部勝訴した当事者が、控訴審に至ってからより多くを請求したいという意思を示したとしても、それを尊重することは相当に難しいのではなからうか。

本稿では、上訴の利益論とは、新実体的不服説が誇るように、予測される判決効の不利益性から単純に説明がつく問題ではなく、原審への手続集中化を当事者に対してどれだけ要求することができるのかという問題と結び付けて論じるべきなのではないかという問題提起を試みた。これが成功しているのかどうかの検証は、他日を期したい。

(75) 小室①25 頁参照。自己責任に関しては、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）』（1980 年）302 頁以下、栗田③76 頁以下参照。

（こしやま・かずひろ 関西大学大学院法務研究科教授）