

《論 說》

訴訟終了判決に対する控訴と移審効について

山 本 浩 美

一 はじめに

訴訟上の和解または訴えの取下げ等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、訴訟終了判決の審判対象は訴訟上の和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争であり、これと本案訴訟(訴訟物たる実体権ないし訴訟上の請求をめぐる紛争)は紛争としては全く別個であり、控訴審(第2審)は、訴訟終了判決をした1審判決を取り消すだけでよく、自判の必要はないとする説がある。そして、その前提として、和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、本案訴訟は第1審に残されたままであって、訴訟上の和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争だけが控訴審に移審するとしている(一部移審説)。

しかし、訴訟終了判決の審判対象とは全く別個である本案訴訟も、控訴の提起により控訴審に移審する(全部移審説)と考えてよいのではないか。この場合に、控訴不可分の原則によって、訴訟終了判決の審判対象とは全く別個である本案訴訟も移審して控訴審の審判対象になり、そして、控訴審が1審判決を取り消す場合には、基本的にその事件を第1審に差し戻すことになる。本案訴訟が移審することを前提にした場合、それが現実の控訴審における審判の対象となるためには、控訴人の控訴申立ての拡張または被控訴人からの附帯控訴が必要か否か問題となる。さらに、控訴審で本案訴訟の審判をすることが、審級の利益を害さないか

が問題となりうる。

本稿では、和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、本案訴訟は第1審に残されたままであって、訴訟上の和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争だけが控訴審に移審すると考えるか、それとも本案訴訟も移審するかを主に検討する。そして、移審とした場合に、控訴人の控訴申立ての拡張等の必要なく本案訴訟が控訴審の審判対象となるか、またその審判対象とすることは審級の利益を害さないかを検討しながら、控訴審が1審判決を取り消す場合に事件を第1審に差し戻す必要があるか否かを検討する。その際、これに直接関わる最高裁判決に触れながら、この問題を検討する。

また、上記の検討をする際に、請求の予備的併合の訴えにおける主位的請求の認容判決または選択的併合の訴えにおける数個の請求のうちの1つの請求を認容する判決に対して被告から控訴がなされた場合において、1審判決の対象とならなかった請求の移審の問題についての分析が参考になると考えるので、これらの請求の併合との関係を検討する（なお、本稿では主観的予備的併合については検討しない）。

そこで、以下では、控訴不可分の原則、請求の予備的併合または請求の選択的併合と控訴提起による移審効の取扱いを参考にした上で、一部移審説と全部移審説（または差戻しが必要か否か）を検討し、これらに関わる最高裁判決を分析する。

二 控訴不可分の原則において移審効が生ずる事項

訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、本案訴訟（訴訟物たる実体権ないし訴訟上の請求をめぐる紛争）も移審するのは、控訴不可分の原則に基づくものと考えられる。控訴不可分の原則が定義される場合、特に、何について移審効が生ずるかについては、その表現・言い回しに微妙な相違があり、どの事項に移審効が生じるかに

について、その定義からは明確ではないことがある。すなわち第1審の判決主文で判断対象とされていない事項についても移審効が生じるかについて、その定義では分かりにくい部分がある。しかし、控訴不可分の原則の定義によれば、第1審で原告が定立している訴訟上の請求(本案)は、基本的に控訴の提起により控訴審に移審するものと扱ってよいと思われる、それは、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合も同様である。

なお、ある訴訟上の請求について控訴提起による移審効が生じるとしても、控訴審の審判対象になるかについては、別の問題(控訴申立ての拡張または附帯控訴の要否の問題や審級の利益の問題)を生じうる。この問題は、本稿の中心的な目的とするものではないが、控訴審による差戻しの要否に関わるので、若干触れることにする。

1 移審効と事件全体または事件のすべて等

控訴不可分(または上訴不可分)の原則を定義する際に、どの部分に確定遮断効・移審効を生じるかについて、第1審の事件全体また事件のすべて等と表現されることがある。そのいくつかを下に掲げる。

たとえば、判決に対して上訴が提起されると、「判決」の確定が遮断され、いわゆる確定遮断(ないし確定防止)の効力が生じる(民訴法116条2項参照)とともに、その「事件」全体が上訴審に移審するという、移審の効力が生じるとされているが、このような上訴の効力は、上訴人の不服の範囲にとどまらず、原判決全体(原判決の対象とされた「事件」のすべて)について生じるとされ、これは「上訴不可分の原則」と呼ばれている⁽¹⁾。このような効力は、原判決全体(原判決が対象とした事件全体)について生じるとされる⁽²⁾。さらに、原判決が対象とした事件の全体が不可分に上訴審に移審するとされる⁽³⁾。このほか、控訴の提起は、1審判決の対象とされた訴訟事件を控訴審に移審し、係属させる効力を有するとされる⁽⁴⁾。

2 移審効と原判決全体、原判決の全部または判決全部

控訴不可分の原則を定義する際に、どの部分に確定遮断効・移審効が生じるかについて、原判決全体、原判決全部または判決全部などと表現されることがある。そのいくつかを下に掲げる。

たとえば、控訴が提起されると、確定防止の効果と移審の効果が生ずる。この効果は、控訴人の不服の範囲にとどまらず、原判決全体に生ずる。これを控訴不可分の原則と呼ぶ⁽⁵⁾。また、それは、原判決全部にわたり不可分に生じるのを原則とするとされる⁽⁶⁾。さらに、控訴の対象となった判決全部について生じるとされる⁽⁷⁾。

3 控訴審の審判対象

和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、控訴不可分の原則により本案訴訟も控訴審に移審するとしても、控訴(不服申立て)の対象となっていない本案について控訴審が審判して差戻しできるかは別問題であるが、それは控訴審の審判対象になると考えられる。

控訴不可分の原則の結果、原判決中不服申立てのない部分は、確定が遮断され控訴審に移審するが、現実の控訴審判の対象にならないという状態におかれる(民訴法296条1項・304条)。これを現実の控訴審における審判の対象とするためには、控訴人の控訴申立ての拡張または被控訴人から附帯控訴が必要である⁽⁸⁾。

すなわち、確定遮断・移審の効力の及ぶ範囲は、上诉人(控訴人)の申し立てた不服の範囲に限らず、事件全体に及び、そこで両当事者は不服を申し立てられていない部分についても争うことができるが、不服申立ての範囲の拡張または附帯上訴による必要がある(民訴法293条1項・313条)。上訴不可分の原則は裁判所が勝手に不服申立てのない部分につき裁判することまで認めるものではない(民訴法296条・304条)とされる⁽⁹⁾。

訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、控

訴不可分の原則により本案訴訟も控訴審に移審するとした場合、控訴人の控訴申立ての拡張または被控訴人からの附帯控訴がなくても、本案訴訟が控訴審の審判対象になると考えるが、それについては、後述のように、請求の予備的併合や請求の選択的併合に関する議論が参考となる。

4 小括

控訴不可分の原則に関し、控訴による移審効（および確定遮断効）が生じる対象として、事件（または事件全体）という用語を使用して控訴を定義する場合には、第1審で原告が定立していた訴訟上の請求（本案請求）も控訴により移審するものと考えられる。第1審で原告が定立していた訴訟上の請求は、事件の中核的部分であり、事件が控訴審に移審すると言いながら訴訟上の請求は移審しないということは考えにくいからである。

また、移審効が生じる対象として、原判決などというような用語を使用して控訴を定義する場合であっても、それに「全体」もしくは「すべて」などという言葉を加え、また、不服申立ての対象とされていない請求についての判断も移審するというように説明する場合も、そのような定義により、第1審で原告が定立していた訴訟上の請求も控訴により移審することを含めるものと考えられる。第1審の判決主文の判断対象となった事項だけ（たとえば訴訟上の和解における瑕疵の存否等の判断）に移審効が生ずるものであるとするならば、移審効が生じる対象として原判決もしくは裁判などと定義すれば足りるのであって、わざわざそれに「全体」もしくは「すべて」などという言葉を加える必要はないからである。

控訴不可分の原則の定義または控訴提起による移審効の及ぶ範囲について以上のように考えると、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起された場合、第1審で原告が定立していた訴訟上の請求も控訴提起により控訴審に移審する根拠として、控訴不可分の原則を挙げることができるであろう。

また、第1審の判決主文の判断対象となっていなかった訴訟上の請求であっても、控訴提起により控訴審に移審することは、次に述べる請求の予備的併合や請求の選択的併合の場合にも一般的に認められており、そこでなされている議論は、訴訟終了判決に対する控訴提起と移審効の問題の参考となりうる。

三 請求の予備的併合および請求の選択的併合と控訴による移審効

訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、本案訴訟も移審するかについては、請求の予備的併合および請求の選択的併合と1審判決の判断対象とならなかった請求に関する議論が参考となる。請求の予備的併合における主位請求を認容する判決に対して被告が控訴した場合または請求の選択的併合における数個の請求のうちの1つの請求を認容する判決に対して被告が控訴した場合、それらの判決主文の判断対象となっていなかった請求も、控訴提起により控訴審に移審すると一般に考えられている。そして、それらの判決主文の判断対象となっていなかった請求も、控訴審の審判対象になり、加えて、それは審級の利益を害しないものと一般に考えられている。このような取扱いは、第1審の判決主文の判断対象となっていない請求について、第1審では全く審理がなされていなかった場合であっても同様である。

このような請求の予備的併合や請求の選択的併合における請求と控訴による移審効に関する問題は、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して被告から控訴がなされた場合に関する解釈の参考となりうる。これらは、第1審の判決主文における判断対象とならなかった請求が、被告からの控訴により控訴審に移審するか否かまた控訴審の審判対象になりうるか否か等について、類似した状況にあるからである。訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、訴訟終了判決の審

判対象は訴訟上の和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争であり、これと本案訴訟は紛争としては全く別個であるとする見解がある。しかし、訴訟上の和解における瑕疵の存否等の判断に基づいて訴訟終了判決が取り消される場合には訴訟上の請求について審判（ないし認容判決）を求める原告の意思が存在すると考えられ、仮に全く別個であるとしても、条件関係が存在していると考えられる。このような条件関係ないし請求について審判を求める原告の意思が存在する点で、訴訟終了判決に対する控訴による移審効の問題は、請求の予備的併合・選択的併合と控訴による移審効に関する問題と類似した状況にある。

1 請求の予備的併合

請求の予備的併合訴訟において主位請求（第1次の請求）を認容する判決がなされて被告が控訴した場合、その判決主文の判断対象とされていなかった副位請求（予備的請求または第2次の請求）も、控訴提起により控訴審に移審するが、これは、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して被告から控訴がなされた場合の移審効に関する解釈の参考となる。

（1）意義

① 学説

請求の予備的併合とは、主位請求が認容されないことを慮って、その認容を解除条件としながら、副位請求についても予め審判を申し立てる場合の併合である。裁判所は、主位請求を認容するときは、副位請求について審判する必要がなくなるが、主位請求を棄却するときは、副位請求についても審判しなければならない。請求の予備的併合は、数個の請求が相互に両立しない場合に限って許されるとする見解（限定説）が通説である⁽¹⁰⁾。請求の予備的併合という併合形態が適法と認められるのは、実体法上両立しない請求のいずれかについて原告が勝訴する利益が認められ、かつ、訴えの目的たる利益の内容に差が存在するために、審判の順序について原告の選択権を認めることが合理的と考えられるためであ

るとされる⁽¹¹⁾。

仮に、各請求が両立する関係にあるのに原告が予備的に順位を付して請求した場合には、単純併合として扱われるとされる⁽¹²⁾。同様に、各請求が両立する関係にあつて特に順位をつける必要のない場合にまで、このような条件付申立てを含む併合形態を認める趣旨ではないので、当事者が仮に各請求を予備的に併合した形の訴えを提起しても、単純併合として取り扱うべきであるとされる⁽¹³⁾。

請求の予備的併合の場合には、主位請求が認容されるときには予備的請求についての判断は示されない⁽¹⁴⁾。

これに対して、原告が併合形態を選択できると考えてよく、予備的併合を両立しえない請求に限定する必要はないとの見解もある⁽¹⁵⁾。そして、双方の請求が相互に無関係な請求である場合も、請求権競合関係にある場合も当事者が予備的併合の申立てをすることが認められると主張されている⁽¹⁶⁾。

このように、請求の予備的併合が許されるのは両請求が相互に両立しえない場合に限られるか否かについては争いがあるが、前述したように学説上の通説は限定説をとる⁽¹⁷⁾。

② 下級審裁判例

請求の予備的併合は、実務では、請求内容が両立しない場合でなくともルーズにそのような併合形態を認めているが(後述)、2つの請求が両立する場合には請求の予備的併合の形態を認めないとする下級審裁判例もいくつかある。たとえば、福岡高判平成8年10月17日は、イの請求を主位請求、ロの請求を副位請求とした請求の予備的併合の訴訟において、当該事件のイの請求とロの請求とは論理上両立しうる請求であつて、単純併合による審判申立てができるものであるとする。そして、申立ては、原則として確定的になされることを要し、条件や期限を付しえないのを原則とし、例外的に、合理的な理由があつて、手続上格別の支障もない場合にのみ、申立てに条件や期限を付しうるものとする。ところが、

口の請求については、イの請求の認容を解除条件とする予備的併合をとる合理的な実益ないし必要性に乏しく、訴訟を不安定なものとする弊害もあるから、これを許すべきではないと解するとして、口の請求にかかる訴えは不適法として却下を免れないとした(福岡高判平成8年10月17日・判タ942号257頁)。この福岡高判平成8年10月17日に対して、予備的請求に係る訴えを直ちに却下するには慎重を期する必要があるとの批判がなされている⁽¹⁸⁾。同様に、この福岡高判平成8年10月17日に対して、無条件許容説の方がすっきりしていると批判される⁽¹⁹⁾。

また、大阪高判昭和49年7月22日も、甲請求と乙請求とが、両立しうる請求であり、かつ、別個の目的を有する請求である場合、1個の訴えで、甲請求を主位的請求とし、乙請求を予備的請求(甲請求の認容を解除条件とする請求)とする請求の予備的併合をすることは許されないと解すべきであるとした(大阪高判昭和49年7月22日・判タ312号212頁、訟月20巻10号56頁)。同大阪高判は、その理由として、右の場合、条件付訴えである請求の予備的併合を許す合理的理由がなく、請求の単純併合のみが許されると解するのが相当であるからであるとする。そして、甲請求と乙請求とが、両立しうる請求であり、かつ、別個の目的を有する請求である場合、1個の訴えで、甲請求を主位的請求とし、乙請求を予備的請求(甲請求の認容を解除条件とする請求)とする請求の予備的併合をしたとき、乙請求につき訴えを却下すべきであるとする。なぜなら、右の場合、請求の予備的併合は許されず、請求の単純併合のみが許されると解すべきであるが、当事者がした請求の予備的併合を請求の単純併合と解釈することはできず、乙請求は条件付訴えとして不適法であるからであるとする。そして、同大阪高判は、「原判決を次のとおり変更する。」として、「控訴人は被控訴人に対し金10万円を支払え。被控訴人のその余の主位的請求を棄却する。被控訴人の予備的請求につき訴を却下する。」とした。

さらに、熊本地八代支判昭和36年5月26日も、第2次の請求は第1

次の請求と法律上論理的に両立しえない関係にあることを必要とした(熊本地八代支判昭和36年5月26日・判時270号30頁)。大阪地判昭33年5月27日も、およそ請求併合の一態様として請求の予備的併合が許されるのは、第1位の請求と第2位の請求とが法律上論理的に相排斥する場合に限るとした(大阪地判昭33年5月27日・下民集9巻5号902頁)。

これらと同様に、東京地判平成18年10月24日も、予備的併合が認められるのは、原則的には、申立てに係る複数の請求が論理的に両立し得ない場合であり、仮に、これらが論理的に両立し得るときは、少なくとも同一の給付または形成的効果を求める請求権競合の場合に限られるというべきであるとした(東京地判平成18年10月24日・判時1959号116頁)。この東京地判平18年10月24日について、論理的に両立しうる場合にも予備的併合形態を認めるとすると、予備的請求の審理が不安定となるし、無関係な請求をいくらかでも予備的に併合できるとすると不安定さも倍加するとして、同判決を肯定的に評価する見解もある⁽²⁰⁾。

③ 実務

通説や上記のいくつかの下級審裁判例と異なって、請求の予備的併合は、主位請求が請求認容となれば、予備請求についての審判要求は撤回するというものであり、両請求で敗訴することのないようにという工夫であって、実務では、請求内容が両立しない場合でなくともルーズに予備的併合を認めている⁽²¹⁾。実務上、互いに両立する数個の請求についても予備的併合形態が利用されており、これを不真正予備的併合と呼んでいる⁽²²⁾。不真正予備的併合は、被告の利益を格別害することはないし、原告が同じ勝訴判決を受けるとしても、その判決理由に重きを置いていることもあり、裁判所の審理にも格別の支障がないので、実務ではこれを肯定しているとされる⁽²³⁾。

(2) 控訴と移審効

(a) 学説

請求の予備的併合の場合、主位請求を認容した1審判決に対して被告から控訴があると、副位請求も移審する。そして、控訴審が主位請求を認容した1審判決を不当と認めるときは、副位請求が現実には審判の対象となる。すなわち主位請求を認容した1審判決を控訴審が取り消すべきときは、副位請求についても第1審に差し戻さずにみすから審判できる。このように、控訴審が副位請求について審判できる理由について、この種の併合においては、両請求が密接に関連しており、主位請求のための審理の重要部分は副位請求に共通なはずであるから、副位請求の審理も実質上はすでに審理済みといってよいからであるとされている⁽²⁴⁾。また、上訴審が主位的請求認容判決を取り消す場合に予備的請求が上訴審の審判の対象になる理由として、主位的請求棄却の場合に予備的請求について審判を求める原告の意思が認められるからであるとされている。予備的請求については、上訴審においてはじめて審判を受けることになるが、その基礎たる事実、主位的請求のそれと密接に関連しているため、被告の審級の利益が害されるとはいえないと理由づけされている⁽²⁵⁾。

これに対して、請求の予備的併合訴訟において、第1審がした主位的請求認容判決に対して被告のみが控訴を提起し、原告が予備的控訴も附帯控訴も提起しない場合には、予備的請求は控訴審に移審しないとする少数説もある⁽²⁶⁾。

1審判決で主位的請求が認容され、被告が控訴した場合、控訴審が主位的請求を排斥するとき、第1審で判決のなされていない、従って、不服申立ての対象となっていない予備的請求を審理判断しようということについて、判例・学説は一致している⁽²⁷⁾。請求の予備的併合において主位請求を認容した1審判決に対して、被告が控訴をすると、予備的請求も控訴審に移審する。控訴裁判所が主位請求につき理由なしとの結論に達したとき、控訴裁判所は直ちに予備的請求について自ら審判すること

ができるとするのが判例・通説である。予備的請求は第1審の審理を経していないので、控訴審で審判対象になるとすると、審級の利益が失われるようにもみえるものの、両請求の間には密接な関連があり、審理の重要部分は共通するものとみられ、副位請求は実質上、第1審の審理を経ているといえるし、また、控訴審であらたに訴えの追加的変更により予備的請求を併合しうること（民訴法143条・297条）との均衡などに鑑みると、これが妥当な処理であると理由づけられている⁽²⁸⁾。

請求の予備的併合の場合、主位請求を認容した1審判決に対して控訴があると、副位請求も移審し、また控訴審が主位請求を認容した1審判決を不当と認めるときは、副位請求が現実には審判の対象となることを理由づける上記の見解は、限定説からは受け入れやすい。しかし、上記の見解は、不真正予備的併合を認める見解または無条件許容説からは、難しい部分がある。

(b) 判例

① 大判昭和11年12月18日

大判昭和11年12月18日は、請求の予備的併合訴訟で主位請求を認容する判決に対して上訴が提起されると、判決主文において判断されていない請求を含むすべての請求が上訴審に移審するとした。そして、主位的請求認容判決に対しては被告のみが控訴の利益を有し、控訴審が主位請求を棄却すべきものと判断すれば、1審判決のない予備請求について裁判することができるとした（大判昭和11年12月18日・民集15巻2266頁）。この大判昭和11年12月18日は、その理由として、民事訴訟法においては請求の基礎が同一ならば控訴審における訴えの変更すら許されることは明らかであって審級の利益なるものは絶対的意義を有するものではないとする。そして、予備的併合の訴えにおいては主たる請求の棄却という条件が第1審において生じても、または控訴審において生じてもこれと同時に予備的請求についての裁判がなされるべきことは原告の欲求するところであるだけでなく、元来、予備的請求は新たに訴えの変

更として控訴審においても適法にこれを提起できるものであるから、第1審において是認しまたは否認した請求のみが控訴審の弁論および判決の対象となるとの原則はこの場合は例外として適用なく、控訴審は直ちに予備的請求についても弁論および判決をなすべきものとした⁽²⁹⁾。

② 最判昭和33年10月14日

最判昭和33年10月14日も、請求の予備的併合の場合、第1審裁判所が主たる請求を認容しただけであって、予備的請求に対する判断をしなかったときであっても、第2審裁判所において、主たる請求を排斥した上で予備的請求につき判断をなし得るとした(最判昭和33年10月14日・民集12巻14号3091頁)。

この最判昭和33年10月14日の判旨に賛成する見解は、第1審で主位請求認容の判決だけをし、この判決に対して控訴がなされた場合、予備的請求は附従的一体性の故に控訴審に移審するとする。そして、その理由として、主位的請求と予備的請求とはそれらの基礎となっている事実関係の少なくとも一部を同一としているから、予備的請求について1審の審判を欠いても、審級の利益を失わせる心配はないし、その心配がある場合には、1審に差戻して審判させればよいからであるとしている⁽³⁰⁾。

(3) 控訴審の審判対象等

請求の予備的併合の場合、主位請求を認容した1審判決に対して控訴があると、副位請求も移審する。控訴審が主位請求を認容した1審判決を不当と認めるときは、副位請求が現実には控訴審の審判の対象となる。控訴審が主位請求を認容した1審判決を取り消すべきときは、副位請求についても、第1審に差し戻さず、みすから審判できる。この種の併合においては、両請求が密接に関連しており、主位請求のための審理の重要部分は副位請求に共通なはずであるから、副位請求の審理も実質上はすでに審理済みといってよいとされる⁽³¹⁾。

また、上訴審が主位的請求認容判決を取り消す場合には、予備的請求

については、上訴審においてはじめて審判を受けることになるが、その基礎たる事実、主位的請求のそれと密接に関連しているため、被告の審級の利益が害されるとはいえないとされる⁽³²⁾。

さらに、予備的請求については1審判決による応答がなされていないから、原告からの附帯控訴がなくても控訴審が予備的請求を認容することができる⁽³³⁾。同様に、主位的請求認容の判決に対して被告が控訴、上告した場合、上級審が主位的請求を認容すべきでない⁽³⁴⁾と判断したときに予備的請求について審理判断することができる理由として、審級のいかんを問わないで予備的請求について審理判断を求める趣旨の申立てがあり、かつ、予備的請求について直接審理判断することの妨げとなる原判決が存在しないことが挙げられている⁽³⁴⁾。

判例も、前述のように、民事訴訟法においては請求の基礎が同一ならば控訴審における訴えの変更すら許されることは明らかであって審級の利益なるものは絶対的意義を有するものではないとし、控訴審は直ちに予備的請求についても弁論および判決をなすべきものと解するとした(大判昭和11年12月18日・民集15巻2266頁)。

(4) まとめ

請求の予備的併合訴訟で主位請求を認容する判決がなされて被告が控訴した場合、その第1審の判決主文の判断対象となっていなかった予備的請求も、控訴審に移審し、かつ控訴審の審判対象になると判例・通説は考えている。この場合、1審判決の判決主文の判断対象となっていない予備的請求について第1審では全く審理がなされていなかった場合であっても、同様に控訴審に移審し、かつ控訴審の審判対象になると一般に考えられている。そして、そのような予備的請求について控訴審が審判しても、審級の利益を害しないものとされている。

実務では、請求内容が両立しない場合でなくとも請求の予備的併合を認めている。しかし通説たる限定説によれば、控訴審が主位請求を認容した1審判決を不当と認めるときは、副位請求が現実には審判の対象とな

り、控訴審が副位請求について審判できることについて、この種の併合においては、両請求が密接に関連しており、主位請求のための審理の重要部分は副位請求に共通なはずであるから、副位請求の審理も実質上はすでに審理済みといってよいからであると理由づけされることがある。その理由付けは、限定説からは援用しやすいが、不真正予備的併合を肯定する見解からは援用しにくい。

控訴審で副位請求について審判が可能である根拠として、学説の一部や判例は、主位的請求棄却の場合に予備的請求について審判を求める原告の意思が認められることを挙げるが、この理由づけは、限定説のほか、不真正予備的併合を肯定する見解からも認めやすい。そして、その理由付けは、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起され、控訴審で和解の無効等を原因として訴訟終了判決が取り消される場合には、訴訟上の請求(本案)について原告は審判を求める意思を有しているであろうという点で類似している。したがって、上記した請求の予備的併合訴訟と控訴による移審効等に係る問題は、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起される場合、原告が定立した訴訟上の請求(本案)が控訴審に移審すると仮定したときに、原告が定立した訴訟上の請求が控訴審の審判対象になると考えてよい根拠として援用しうる。同様に、原告が定立した訴訟上の請求が控訴審の審判対象になると考えても審級の利益を害しないものと考えられる。

2 請求の選択的併合

請求の選択的併合訴訟における数個の請求のうちの1つを認容する判決に対して被告が控訴した場合、その第1審の判決主文の判断対象となっていなかった請求も、控訴提起により控訴審に移審するが、これは、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して被告から控訴がなされた場合の移審効に関する解釈の参考となる。

(1) 意義

数個の請求のうちいずれかが認容されることを解除条件として他の請求について審判が申し立てられる場合の併合形態を選択的併合と呼ぶ。この併合形態においては、他の請求の認容を内容とする解除条件が数個の請求のすべてに付され、無条件の審判を求める請求は存在しない。したがって、数個の請求の審判について裁判所を拘束する順序は認められない。裁判所は、棄却判決をなす場合には、すべての請求について審判することを要する。上記の条件を満たして、選択的併合を内容とする訴えの提起が適法として扱われるのは、請求権競合の場合が典型的なものである。すなわち、同一内容の給付を実現するために実体法上複数の請求権が成立し、したがって審判の対象たる訴訟物は複数定立されるが、請求認容判決が得られる限り原告はそのすべてについて審判を得る必要はない⁽³⁵⁾。選択的併合は、同一趣旨の給付または形成を、競合し両立できる数個の請求権または形成原因に基づいて請求する場合に認められるとされる⁽³⁶⁾。判例と選択的併合を認める通説は、請求権や形成原因が競合している場合にのみ選択的併合を適法とするとされている⁽³⁷⁾。

選択的併合は、訴訟物理論について旧訴訟物理論をとることを前提に、請求権が競合するときなどに同一の目的を持つ複数の請求権を訴訟物とする場合に用いられる併合形態とされており、実務上も多くみられる⁽³⁸⁾。

しかし、選択的併合は、旧訴訟物理論をとる者によって、請求権競合・形成権(形成原因)競合の場合を処理する観念として生成されたものであり、それは旧訴訟物理論の理論的破綻を意味しており、新訴訟物理論(新説)をとれば、この場合は1つの請求しかないと考え、各競合する請求権・形成権は、請求を理由あらしめる事由に過ぎないとみるから、選択的併合という併合形態を認める必要はないとして、新訴訟物理論からは、選択的併合という併合形態そのものが批判されている⁽³⁹⁾。すなわち旧訴訟物理論は選択的併合という形態を肯定するが、それは主張レベルの柔軟

な処理を訴訟物レベルに混入させるものであると批判され、新訴訟物理論からは選択的併合という形態は否定される⁽⁴⁰⁾。

選択的併合は、伝統的に、同一の目的に向けられた法律上両立することができる請求について認められてきた。しかし、これには2つの方向の拡張傾向がある。第1は、両立しない請求(例えば、請求の予備的併合の場合)についても認めようとする見解である。第2は、両立しうる請求の趣旨に若干の差違があっても、実質的には同一の目的に向けられている場合に、選択的併合を肯定しようとするものである⁽⁴¹⁾。

選択的併合の形態で訴えが提起され、その数個の請求の1つについて認容判決がなされ、その判決に対して被告が控訴を提起した場合、その判決主文の判断対象とならなかった他の請求も控訴審に移審するか、また原告からの控訴や附帯控訴がなくても控訴審の審判対象となりうるか、さらに原審判決で判決主文の判断対象とならなかった他の請求について控訴審が審判することが審級の利益を害することにならないかが一応問題となりうる。しかし、これらの3つの問題について、選択的併合を認める学説のうちの多数および判例は、原審判決の判決主文の判断対象とならなかった他の請求について、控訴の提起により控訴審に移審し、控訴審の審判対象となり、また控訴審が審判しても審級の利益を害しないものとしている。

(2) 控訴と移審効

(a) 学説

選択的併合では、選択的に併合されている数個の請求の1つについて認容判決がなされ、その判決に対して上訴がなされたときには、他の請求についての審判申立ても解除条件付のまま上訴審に移審し、上訴審の審判対象になるとする見解が多い。

選択的併合では、選択的に併合されている数個の請求の1つについて認容判決がなされると、他の請求に関する当該審級における審判申立てについて解除条件が成就したことになるから、この判決は全部判決にな

る。したがって、その判決に対して上訴がなされたときには、他の請求についての審判申立ても解除条件付のまま上訴審に移審し、上訴審の審判の対象となる。1つの請求が棄却されれば、他の請求についての審判を求めるとの原告の意思が審級を通じて維持されているためである⁽⁴²⁾。

同様に、選択的併合の場合、請求認容判決に対しては被告が上訴しようが、上訴によりすべての請求につき事件が上訴審に移審するとされている⁽⁴³⁾。すなわち請求を選択的に併合した訴訟で、1つの請求を認容した1審判決に対し控訴の提起があった場合、上記判決で判断されていない他の請求も移審する⁽⁴⁴⁾。

これに対して、選択的に併合された数個の請求のうちの1つを認容した1審判決に対して被告が控訴した場合には、その1審判決が認容した請求以外の請求は控訴審に移審しないとする少数説もある⁽⁴⁵⁾。

(b) 判例

判例も、選択的併合では、選択的に併合されている数個の請求の1つについて認容判決がなされ、その判決に対して上訴がなされたときには、他の請求についての審判申立ても上訴審に移審し、上訴審の審判の対象となることを認めている。

①最判昭和58年4月14日

最判昭和58年4月14日は、原告が甲請求と乙請求とを選択的併合として申し立てている場合、原告の意思は、1つの申立てが認容されれば他の申立てはこれを撤回するが、1つの申立てが棄却されるときには他の申立てについても審判を求めるというものであることは明らかであつて、この意思は、原告が併合形態を変更しない限り、全審級を通じて維持されているとする。そして、選択的併合の申立てが訴訟法上適法なものと認められるべきものである以上、原告の意思に右のような内容の効力を認めるべきものであるから、甲請求につきその一部を認容し、原告のその余の請求を棄却した1審判決に対し、被告が控訴の申立てをし、原告が控訴および附帯控訴の申立てをしなかった場合でも、控訴審とし

ては、1審判決の甲請求の認容部分を取り消すべきであるとするときには、乙請求の当否につき審理判断し、これに理由があると認めるときには1審判決の甲請求の認容額の限度で乙請求を認容すべきであり、乙請求を全部理由がないと判断すべきときに至ってはじめて原告の請求を全部棄却しうるものと解すべきであるとした(最判昭和58年4月14日・判時1131号81頁)。

この最判昭和58年4月14日に対しては、甲請求と乙請求が選択的併合とされており、第1審が甲請求を認容したのに対し被告から控訴が提起され、控訴審判決において甲請求認容の原判決を取り消すことになる場合には、そこで同時に乙請求についても主文判断を与えなければならないとする最判昭和58年4月14日の解釈は、すでに学説の多くが認めるところであったと評価されている⁽⁴⁶⁾。また、最判昭和58年4月14日は、選択的併合を認める立場に立つ限り、正鵠を射ていると評価されている⁽⁴⁷⁾。

② 最判平成21年12月10日

最判平成21年12月10日・民集63巻10号2463頁も、最判昭和58年4月14日を参照判例として引用し、選択的併合の訴えを提起した原告の意思は、各請求のうち一方が認容されれば他方は撤回するが、一方が棄却されるときは他方についても審判を求めるというものであることは明らかであって、この意思は、全審級を通じて維持されているものというべきであるとした⁽⁴⁸⁾。

(3) 控訴審の審判対象および審級の利益

選択的併合訴訟において、いずれかの請求を認容する1審判決に対して被告が控訴した場合に、控訴審(控訴裁判所)が、第1審で判決されなかった請求について判決することができるかが問題となるが、判決することができるとして肯定的に解されており、審級の利益を害するものではないとされている⁽⁴⁹⁾。選択的併合における請求認容判決に対して被告が上訴した場合、上訴裁判所が、原判決を不当とするときは、原告の附帯控訴をまつまでもなく、原審で審判されなかった他の請求につき審理

すべきであるとされている⁽⁵⁰⁾。

たとえば、A請求とB請求とが選択的に併合された訴訟の第1審においてA請求の認容判決がされ、これに対して被告が控訴した場合、原告はそもそも控訴の利益を有さず、控訴または附帯控訴をしていなくても両請求とともに維持する意思であるとみられるので、控訴裁判所がA請求に理由があるとはいえないが、B請求について理由があると判断するときには、控訴裁判所は原判決を取り消してB請求を認容しなければならないとされる⁽⁵¹⁾。

(4) まとめ

選択的併合訴訟においてその数個の請求のうちの1つについて第1審で認容判決がなされ、その判決に対して被告が控訴を提起した場合、1審判決の判決主文の判断対象とならなかった請求も控訴審に移審し、原告からの控訴や附帯控訴がなくてもその請求も控訴審の審判対象になりうると一般に考えられている。そして、1審判決で認容された請求を棄却すべきであると控訴審が判断したときに、1審判決の判決主文の判断対象とならなかった請求について控訴審が審判することは審級の利益を害することにならない、と一般に考えられている。

判例は、上記のように考える理由として、選択的併合訴訟における各請求のうち一方が認容されれば他方は撤回するが、一方が棄却されるときは他方についても審判を求めるという原告の意思は全審級を通じて維持されているものとして、審判を求める原告の意思を挙げている。また、1審判決の判決主文の判断対象とならなかった請求が控訴審の審判対象となることの理由を明示する学説の中にも、審判を求める原告の意思を挙げるものがある。

この選択的併合訴訟において1審判決の判決主文の判断対象とならなかった請求について審判を求める原告の意思を根拠として、その移審効や控訴審の審判対象となりうることを認める構造は、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起され、控訴審で和解の無効等を原

因として訴訟終了判決が取り消される場合、訴訟上の請求(本案)について原告は審判を求める意思を有しているであろうという点で類似している。したがって、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起される場合も、訴訟上の請求(本案)が控訴審に移審し、それが控訴審の審判対象になることの理由として、援用しうるものと考えられる。そして、その訴訟上の請求が控訴審の審判対象になると考えても審級の利益を害しないものと考えられる。

3 小括

請求の予備的併合訴訟における主位請求を認容する判決に対して被告が控訴した場合または請求の選択的併合訴訟において数個の請求のうちの1つの請求を認容する判決に対して被告が控訴した場合、それらの判決主文の判断対象となっていなかった請求に関しても、控訴審に移審し、かつ控訴審の審判対象になると一般に考えられている。そして、1審判決の判決主文の判断対象にならなかった請求が控訴審の審判対象となることに関して、控訴申立ての拡張もしくは附帯控訴等の必要はなく、また控訴審で審判しても審級の利益を害するものではないと一般に考えられている。

このような請求の予備的併合・選択的併合における控訴と移審効(および審判の可否)の問題、すなわち1審判決の判決主文の判断対象となっていなかった訴訟上の請求も控訴提起により控訴審に移審することを考えると、これらと類似した状況にあると考えられる訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合も、同様に移審すると考えられる。1審判決の判決主文の判断対象とならなかった請求について審判を求める原告の意思を根拠として、その移審等を認める構造は、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起され、控訴審で和解の無効等を原因として訴訟終了判決が取り消される場合、訴訟上の請求(本案)について原告は審判を求める意思を有しているであろうという点

で類似している。したがって、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争と本案訴訟は紛争としては全く別個であるとしても、本案訴訟も控訴提起により控訴審に移審する（および控訴審で審判可能であって審級の利益を害しない）と考えられる。

そして、そのような考え方は、次に述べる最高裁判決の前提となっている考え方でもある。

四 訴訟上の和解を有効等として訴訟終了判決をした1審判決と控訴による移審効

1 学説

（１）はじめに

訴訟上の和解を有効等として訴訟終了判決をした1審判決に対して被告が控訴し、控訴裁判所がその訴訟終了判決を取り消す場合、訴訟終了判決は訴え却下判決に準ずるものとして（民訴法307条）、控訴裁判所は事件を第1審に差し戻す必要があるか否かについて争いがある。この問題は、その前提として、訴訟上の和解を有効等として訴訟終了判決をした1審判決に対して控訴の提起があった場合、原告が定立した訴訟上の請求（本案訴訟）は控訴審に移審するか否かの問題と関わる。

第1審で成立した訴訟上の和解の有効無効等に関する争いだけでなく、控訴の提起により、原告の訴訟上の請求も控訴審に移審すると考える見解は、全部移審説と呼ばれる。これに対して、訴訟上の和解を有効等として訴訟終了判決をした1審判決に対して控訴の提起があって、控訴審がその1審判決を取り消す場合、和解の有効無効のみが本案訴訟とは全く無関係に争われているのであり、和解が無効であるとする判決が確定すれば、原審での本案訴訟が当然進行するから差し戻す必要はないとする見解もある。この見解は、訴訟上の和解を有効等として訴訟終了

した1審判決に対して控訴の提起があっても、原告の訴訟上の請求は控訴審に移審するものとは考えないから、一部移審説と呼ばれる。

（２） 全部移審・差し戻し必要説

訴訟上の和解を有効等として下された訴訟終了判決は、訴え却下判決に準ずるものとして（民訴法307条）、控訴裁判所は、そのような1審判決を取り消す場合には、事件を第1審に差し戻さなければならないとする見解がある⁽⁵²⁾。

なお、後述するように、最判平成27年11月30日は、1審判決が判決の対象としていなかった請求が控訴提起により控訴審に移審し、控訴審の審判対象となることを前提とした判断をしている。また、最判昭和45年7月15日・民集24巻7号804頁も、差し戻し不要説を否定する判断を前提としている。

（３） 一部移審・差し戻し不要説

訴訟上の和解の有効・無効が争われた結果、和解は有効であって訴訟は終了したとする1審判決を、控訴提起後に控訴審で取り消す場合、和解の有効・無効のみが、本案訴訟とは全く無関係に争われているのであり、和解が無効であるとする判決が確定すれば、原審での本案訴訟が当然進行するから、ことさら差し戻す必要はないとする見解もある⁽⁵³⁾。

また、旧民訴法の下でも、和解または訴えの取下げを有効として訴訟の終了をした判決に対して控訴があり、控訴審が和解または取下げを無効と認める場合、第1審は本案について判断していないから、旧民訴法388条に準じて取り消し、差し戻すべきか否かは異論があるとし、訴訟終了判決は、和解または訴えの取下げを有効とする確認判決であり、反対に控訴審がそれを無効と確認する判決が確定すれば、訴訟は和解または取下げ時の状態で第1審に係属していることになるから、差し戻す必要はないと主張されていた⁽⁵⁴⁾。同様に、和解の有効無効が争われ、和解は有効で訴訟は終了したとする1審判決、あるいは訴えの取下げの有効無効が争われ、訴えの取下げは有効で訴訟は終了したとする1審判決を、

控訴審で取り消す場合、和解または訴えの取下げの有効無効のみが、本案訴訟とは全く無関係に争われているのであり、訴えの取下げまたは和解が無効であるとする判決が確定すれば、原審での本案訴訟が当然進行するから、差し戻す必要はないと主張されていた⁽⁵⁵⁾。

2 全部移審説を前提とする最判平成27年11月30日

(1) はじめに

最判平成27年11月30日は、訴訟上の和解の有効性が争われた第1審の訴訟終了判決と控訴による移審効が関わる次のような事実関係の下で、全部移審説に立つ判断を示した。

この最判平成27年は、建物の所有者であるXが、当該事件で問題となった貸室を占有するYに対し、所有権に基づき、当該貸室の明渡し及び賃料相当損害金の支払を求めたところ、第1審で訴訟終了判決がなされ、これに対して被告が控訴を申し立てた事案である。① Yは、建物の当時の所有者から、貸室を賃借していたところ、明渡しを拒んだので、Xは当該訴訟を提起した。② XとYとの間には、第1審の和解期日で、両者間の賃貸借契約を合意解除すること、Yは貸室を明け渡すこと、XがYに対して立退料として220万円を支払うことなどを内容とする訴訟上の和解(本件和解)が成立した。③ その後、Yが期日指定の申立てをしたため、第1審裁判所は口頭弁論期日を経た上で、当該訴訟は和解が成立したことにより終了した旨を宣言する訴訟終了判決を言い渡した(判時2272号48頁)。この1審判決に対しては、Yのみが控訴し、Xは控訴も附帯控訴もしなかった。④ 原判決(判時2272号42頁。判時2275号144頁に訂正記事あり。)は、当該和解の条項が被告の真意に出たものであることを認めるに足る証拠はないから、当該和解は無効であるといわざるを得ない等として、1審判決を取り消し、当該和解が無効であることを確認するとした上で、Yに対して、Xから40万円の支払を受けるのと引換えにXに本件貸室を明け渡すこと、及び賃料相当損害金を支払う

ことを命じ、Xのその他の請求をいずれも棄却した。

この控訴審判決に対して、Yが上告受理の申立てをした。上告受理申立て理由の中には、① 原判決の処分権主義違反をいうものと解される部分と、② 原判決の不利益変更禁止の原則（民訴法304条）違反をいう部分があった（以下、①の部分に関する問題は割愛する）。

（２） 判旨とその意義

最判平成27年の事案では、控訴審が1審判決を取り消したが、事件を第1審に差し戻さずに自判をしているので、全部移審か一部移審かに関する最判平成27年の判旨が分かりにくくなっている。最判平成27年は、「……和解による訴訟終了判決に対する控訴の一部のみを棄却することは、和解が対象とした請求の全部について本来生ずべき訴訟終了の効果をその一部についてだけ生じさせることになり、相当でないから、上記の場合において、控訴審が訴訟上の和解が無効であり、かつ、第1審に差し戻すことなく請求の一部に理由があるとして自判をしようとするときには、控訴の全部を棄却するほかないというべきである。……」と判示した。

この最判平成27年は、最高裁として初めて全部移審説を採用することを正面から明らかにした⁽⁵⁶⁾。

（３） 最判平成27年の検討

この最判平成27年が採用した全部移審説を支持する見解もある⁽⁵⁷⁾。しかし、この最判平成27年に対しては、批判も加えられている。すなわち、本案の審判対象は訴訟物たる実体権をめぐる紛争であるのに対し、訴訟終了判決の審判対象は訴訟上の和解等における瑕疵の存否をめぐる紛争であり、両者は紛争としては全く別個であり、訴訟終了判決は訴訟が終了したことのみに既判力により確定するものであり、本案に対するいかなる効力も有していない、と批判されている。そして、最判平成27年は、全部移審説を前提とする点で不当であるとされる⁽⁵⁸⁾。

本案の審判対象は訴訟物たる実体権をめぐる紛争であり、また訴訟終

了判決の審判対象は訴訟上の和解等における瑕疵の存否をめぐる紛争であって、両者は紛争としては全く別個のものであると考えたとしても、和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、和解等における瑕疵の存否をめぐる紛争が控訴審に移審するだけでなく、控訴不可分の原則に照らして、本案の審判対象である訴訟物も控訴審に移審すると考えられる。

3 小括

訴訟上の和解の有効・無効が争われたが、和解は有効であって訴訟は終了したとする1審判決を、控訴提起後に控訴審が取り消す場合、和解の有効・無効のみが、本案訴訟とは全く無関係に争われているのであり、和解が無効であるとする判決が確定すれば、原審での本案訴訟が当然進行するから、事件を差し戻す必要はないとする見解(一部移審説)がある。

これに対して、訴訟上の和解を有効等としてなされた訴訟終了判決は、訴え却下判決に準ずるものとして(民訴法307条)、控訴裁判所は、そのような1審判決を取り消す場合には、事件を原則的に第1審に差し戻さなければならないとする見解(全部移審説)が対立している。最判平成27年は、全部移審説に立った判断をしており、控訴審が第1審の訴訟終了判決を取り消す場合には原則として事件を第1審に差し戻すべきものと考えている。

次の章では、最判平成27年も含め、これまで検討してきたことを前提として、全部移審説と一部移審説を検討する。

五 全部移審説と一部移審説の検討

訴訟上の和解等による訴訟終了判決と控訴提起による移審効の問題について、全部移審説・差戻し必要説が妥当であると考えるが、その理由として控訴不可分の原則が挙げられる。また訴訟上の和解等による訴訟

終了判決に対して控訴がなされた場合、請求の予備的併合・選択的併合の場合と同様に本案訴訟について審判を求める原告の意思が維持されていると考えられるから、1審判決の判断対象とならなかった本案訴訟も同様に控訴により控訴審に移審し、控訴審の審判対象になると考えられる。最高裁も、全部移審説・差戻し必要説に立っている。

1 控訴不可分の原則により事件全体(原判決の全部)が控訴審に移審

全部移審説が妥当であると考えるが、その理由は、次に述べるように控訴不可分の原則等である。

判決に対して控訴(または上訴)が提起されると、「判決」の確定が遮断され、いわゆる確定遮断効が生じる(民訴法116条2項参照)とともに、その「事件」全体が控訴審(または上訴審)に移審するとされている。このような控訴(または上訴)の効力は、控訴人(または上訴人)の不服の範囲にとどまらず、原判決全体(原判決の対象とされた「事件」のすべて)について生じるとされ、これは「控訴不可分の原則(上訴不可分の原則)」と呼ばれている⁽⁵⁹⁾。

この控訴不可分の原則(または上訴不可分の原則)が生じるのは、原判決全体(原判決の対象とされた「事件」のすべて)とされている。控訴不可分の原則が、1審判決の判決主文の対象とはならなかった訴訟上の請求についても移審の効力を生じるものであれば、和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、訴訟上の和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争だけでなく、本案たる訴訟上の請求についても移審の効力が生じると考えられる。控訴不可分の原則の定義を、判決に対して上訴が提起されると、その原判決の対象とされた「事件」のすべてが上訴審に移審するとした場合には、特にそのように考えられる。

また、第1審で判決主文の判断対象となっていなかった訴訟上の請求が、控訴提起により控訴審に移審することは、請求の予備的併合や請求の選択的併合において一般に認められていることは既に述べたとおりで

ある。

2 請求の予備的併合・選択的併合と審判を求める原告の意思

(1) 請求の予備的併合における原告の意思

請求の予備的併合訴訟において主位的請求を認容する判決が出され、この判決に対して被告が控訴(または上訴)した場合、予備的請求も控訴審(または上訴審)に移審し、控訴審(または上訴審)が主位的請求認容判決を取り消すときには、予備的請求が控訴審(または上訴審)の審判の対象になると考えられている。その理由の1つとして、控訴審(または上訴審)で主位的請求が棄却される場合には予備的請求について審判を求める原告の意思が認められるからと理由付けされることがある⁽⁶⁰⁾。判例も同様の理由付けをする。

訴訟上の和解の有効・無効が争われて和解は有効で訴訟は終了したとする1審判決を、控訴提起後に控訴審で取り消す場合、和解が無効であれば、控訴審で主位的請求を棄却する場合と同様に、訴訟上の請求について審判を求める原告の意思が通常は認められるであろう。したがって、訴訟終了判決をした1審判決を控訴審が和解等を無効として取り消す場合、控訴審が訴訟上の請求について審判することは、原告の意思に適合するものであって不当ではない。

(2) 選択的併合と他方の請求についても審判を求める原告の意思

請求の選択的併合の場合も、上記の予備的併合と審判を求める原告の意思に関する議論が同様に当てはまる。訴訟終了判決をした1審判決を控訴審が訴訟上の和解等を無効として取り消す場合、控訴審が原告による訴訟上の請求について審判することは、原告の意思に適合するものであって不当ではないと言える。選択的併合では、選択的に併合されている数個の請求の1つについて認容判決がなされると、他の請求に関する当該審級における審判申立てについて解除条件が成就したことになるから、この判決は全部判決になる。したがって、その判決に対して控訴(ま

たは上訴)がなされたときには、他の請求についての審判申立ても解除条件付のまま控訴審(または上訴審)に移審し、控訴審(または上訴審)の審判の対象となる。1つの請求が棄却されれば、他の請求についての審判を求めるとの原告の意思が審級を通じて維持されているためである⁽⁶¹⁾。また、判例も同様に、原告の意思は、選択的に併合した各請求のうち一方が認容されれば他方は撤回するが、一方が棄却されるときは他方についても審判を求めるという意味は、全審級を通じて維持されているものとしている⁽⁶²⁾。

和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、訴訟終了判決の審判対象は訴訟上の和解等における瑕疵の存否をめぐる紛争であり、これと本案訴訟は紛争としては全く別個であると考えたとしても、和解が無効等であると判断される場合、上記の選択的併合に関する控訴審の取扱いの場合と同様に、原告が定立した訴訟上の請求について審判を求める原告の意思は全審級を通じて維持していると考えられる。訴訟終了判決をした1審判決を控訴審が和解等を無効として取り消す場合、原告により定立されていた訴訟上の請求も控訴提起により控訴審に移審すると考えることは、原告の意思に適合するものと考えられる。

(3) まとめ

請求の予備的併合・選択的併合でも1審判決(判決主文)の判断対象とならなかった請求も、控訴があれば、控訴審に移審し、かつ控訴審の審判対象になると考えられている。

訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、上記のような請求の予備的併合・選択的併合の場合と同様に、本案訴訟について審判を求める原告の意思が維持されていると考えられるから、1審判決の判断対象とならなかった本案訴訟も同様に控訴により控訴審に移審し、控訴審の審判対象になると考えられる。

3 請求の予備的併合・選択的併合と原告からの附帯控訴等の要否

訴訟終了判決をした1審判決を、控訴提起後に控訴審が和解等を無効として取り消す場合、訴訟上の請求(本案訴訟)も控訴提起により移審すると考えても、控訴審による差戻しの要否の前提として、そもそもその訴訟上の請求が控訴審の審判対象になるかも問題となりうるが、その審判対象となりうることは、請求の予備的併合等における議論が参考となる。

請求の予備的併合訴訟において主位的請求を認容した1審判決では、予備的請求について1審判決による応答がなされていないから、原告からの附帯控訴がなくても控訴審が予備的請求を認容することができるとされる。すなわち、予備的請求についてはまだ判決による応答がなされていないから、原告からの附帯控訴は必要ないとされている⁽⁶³⁾。

また選択的併合訴訟で第1審がした請求認容判決に対して控訴が提起され、控訴審が第1審の認容した請求ではなく別の請求を認容すべきであるとの判断に達した場合、その判断をすることができるとされている。なぜなら、原審が認容した請求以外の請求については判決がまだされていないので、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からであるとされている⁽⁶⁴⁾。

訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、訴訟終了判決の審判対象は訴訟上の和解等における瑕疵の存否をめぐる紛争であり、これと本案訴訟は紛争としては全く別個であると考えたとしても、上記の控訴審における予備的併合や選択的併合の場合と同様に、訴訟上の請求についてはまだ1審判決による応答がなされていないから原告からの附帯控訴等がなくても控訴審は訴訟上の請求について審判することができると考えられる。

4 1審判決の対象とならなかった訴訟上の請求と審級の利益

請求の予備的併合訴訟または選択的併合訴訟において、1審判決の対

象とならなかった訴訟上の請求も、控訴により控訴審に移審し、控訴審が審判できるものと考えられており、それは審級の利益を害さないものと一般に解されている。そして、その理由として、審級の利益は絶対的なものではないことが理由の1つとして挙げられている。

したがって、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合も、請求の予備的併合訴訟・選択的併合訴訟と審級の利益をめぐる問題と同様に、控訴審が訴訟上の請求について審判できると考えても審級の利益を害さない。

5 不真正予備的併合と審級の利益

請求の予備的併合訴訟において主位的請求を認容した1審判決を控訴審が取り消すべきと判断する場合、控訴審は、副位請求についても第1審に差し戻さず、みすから審判できると考えられている。通説たる限定説によれば、この種の併合においては、両請求が密接に関連しており、主位的請求のための審理の重要部分は副位請求に共通なはずであるから、副位請求の審理も実質上はすでに審理済みといってよいからであると理由づけがなされている⁽⁶⁵⁾。同様に、副位請求については上訴審ではじめて審判を受けることになるが、その基礎たる事実、主位的請求のそれと密接に関連しているので、被告の審級の利益を害するものではないとされる⁽⁶⁶⁾。

このような限定説からの理由づけを前提とすると、実務が認めている不真正予備的併合の場合には、限定説からの上記のような理由づけは当てはまらないことになる。不真正予備的併合の場合にも、主位的請求を認容した1審判決を控訴審が取り消すべきときは、控訴審は副位請求についても第1審に差し戻さず、みすから審判できるとするのであれば、限定説からの理由づけとは別の理由が必要となる。

主位的請求を認容する判決に対して被告が上訴したときは、予備的請求も上訴審に移審し、上訴審が主位的請求認容判決を取り消す場合には、

予備的請求が上訴審の審判の対象になる。予備的請求が上訴審の審判の対象になることについて、学説の一部からも判例からも、主位的請求棄却の場合に予備的請求について審判を求める原告の意思が認められることがその理由として挙げられる⁽⁶⁷⁾。予備的請求について審判を求める原告の意思が認められるとするその理由づけは、限定説からも非限定説からも共通に援用できる。

このほか、請求権競合の場合以外にも選択的併合という形態を適法と認める立場にたった場合、第1審では全く審理されなかった請求が控訴審の審判対象となりうることを認めるためには、判例による理由付けと同様に、第1審で認容された請求が控訴審で取り消される場合には他の請求について審判を求める原告の意思が認められるからと理由づけすればよいであろう。これは、上記した不真正予備的併合と控訴提起による移審効の問題における場合と同様な理由付けとなる。

6 小括

訴訟上の和解等による訴訟終了判決と控訴提起による移審効の問題について、全部移審説が妥当であると考えるが、その理由として控訴不可分の原則の定義が挙げられる。控訴不可分の原則の定義を検討すると、1審判決の判決主文の対象とはならなかった訴訟上の請求についても、この原則により移審の効力を生じるものと考えられる。したがって、和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、訴訟上の和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争だけでなく、本案たる訴訟上の請求についても移審の効力が生じると考えられる。特に、控訴不可分の原則の定義を、判決に対して上訴が提起されると、原判決の対象とされた「事件」のすべてが上訴審に移審するとした場合には、本案たる訴訟上の請求についても移審の効力が生じると考えられる。

また、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、上記した請求の予備的併合・選択的併合の場合と同様に、本案訴訟

について審判を求める原告の意思が維持されていると考えられるから1審判決の判断対象とならなかった本案訴訟も同様に控訴により控訴審に移審し、控訴審の審判対象になると考えられる。

さらに、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合、訴訟終了判決の審判対象は訴訟上の和解等における瑕疵の存否をめぐる紛争であり、これと本案訴訟は紛争としては全く別個であると考えたとしても、上記の控訴審における予備的併合や選択的併合の場合と同様に、訴訟上の請求についてはまだ1審判決による応答がなされていないから原告からの附帯控訴等がなくても控訴審は訴訟上の請求について審判することができると考えられる。

このほか、和解等による訴訟終了判決に対して控訴がなされた場合も、請求の予備的併合訴訟・選択的併合訴訟と審級の利益をめぐる問題と同様に、控訴審が訴訟上の請求について審判できると考えても審級の利益を害さない。

なお、主位的請求を認容する判決に対して被告が控訴したときは、予備的請求も上訴審に移審する理由に関して、予備的請求について審判を求める原告の意思が認められるとするその理由づけは、限定説からも非限定説からも共通に援用できる。選択的併合の場合も同様に、1審では全く審理されなかった請求が控訴審の審判対象となりうることにについて、審判を求める原告の意思が認められるからとするその理由づけは、請求権競合の場合以外にも選択的併合という形態を認める見解に関して、その理由づけとして援用しうるものである。

六 原告の死亡による訴訟終了判決(最判昭和45年7月15日)

1 はじめに

これまで主に検討してきたのは、訴訟上の和解等を第1審が有効なものとして訴訟終了判決をしたところ、控訴がなされて控訴審がその訴訟

上の和解等の有効性を否定した場合における本案訴訟の取扱いである。従来、学説が主に検討してきたのも、このような訴訟上の和解等と訴訟終了判決を対象としたものである。

これに対して、次に述べる最判昭和45年7月15日・民集24巻7号804頁(以下、最判昭和45年7月15日と呼ぶ)は、訴訟上の和解等に関わる訴訟終了判決に対する控訴と移審効が問題とされた事案ではない。最判昭和45年7月15日は、原告(被承継人)の死亡を原因とする訴訟終了判決と原告(承継人)による控訴の移審効の事案であるが、そこで生じる問題点は訴訟上の和解等に関わる訴訟終了判決に対する控訴と移審効の場合と類似している。

なお、訴訟中に当事者が死亡したが、訴訟物たる権利関係の性質から承継人というものが存在しない場合には、その訴訟を存続させることは全く無意味であるから、訴訟は当然に消滅するものとされる。ただし、この承継人が存在しない場合の当事者の死亡では、裁判所が確認的な意味で判決をもって訴訟終了を宣言するのが実務の取扱いとされている⁽⁶⁸⁾。

2 事案の概要

最判昭和45年7月15日は、差し戻し不要説を否定し、第1審の終局判決たる訴訟終了判決によって事件自体も終了し、上訴により事件が一体として上訴審に移審していたことを前提として、事件を第1審に差し戻した事件と解することができる。

最判昭和45年7月15日の事案は、Y会社の出資持分640口を有する社員であったA(AはXの先代に当たる)が、Y会社に対し、その資本の10分の1以上に当たる出資持分を有する社員としての資格に基づいてY会社の解散等を請求し、かつ、Y会社の社員たる資格に基づいて、臨時社員総会における第1ないし第18の各決議の取消と、予備的にそのうちの第3ないし第15の各決議の無効の確認を求める訴えを提起したというものである。

当該訴訟が第1審に係属中、原告であったAが死亡した。Aの遺産分割協議では、先代Aの当該出資持分全部をXが取得する旨が定められた。そこで、Xは、前記亡AがY会社の社員として有した同会社に対する会社解散請求権、社員総会決議取消請求権、同無効確認請求権を相続により承継取得した旨主張し、当該訴訟におけるAの原告たる地位を承継したもとして当該訴訟を迫行した。これに対し、Y会社側は、当該請求権等は一身専属権であり、譲渡性・相続性を有しないから先代Aの死亡により消滅し、当該訴訟は当然終了したと争った。

第1審は、有限会社における社員の会社解散請求権等は会社の利益を擁護するために社員に与えられたいわゆる共益権であり、財産的内容をもつ権利ではなく、社員の一身に専属する権利であることを理由に、このような権利に基づく訴訟において、その係属中に訴訟を提起した社員が死亡したときは、その相続人において訴訟を承継することができず、訴訟は当然終了するものと解して、Aの提起した当該訴えは、Aの死亡により終了したと判断した。その判決主文では、「本件訴訟は、昭和36年12月9日、原告の死亡により終了した」とされている。

原審(控訴審)もこれと同様の見解に立って、Xからの控訴を棄却した。すなわち、会社解散請求権等が相続の対象となし得ないものである以上、当該訴訟はAの死亡と同時に終了したものであって、XがAの出資持分を相続し、Y会社の社員になったとしても、当該訴訟におけるAの地位を承継することができないことを理由として控訴を棄却している。

3 最高裁の判断とその評価

Xから上告を受けた最高裁は、原判決を破棄し、事件を第1審に差し戻した。最高裁は、事件を第1審に差し戻す根拠として、旧民訴法388条によった。最高裁が、本来は原審の訴訟判決を取り消す場合の規定である旧民訴法388条を、第1審の訴訟終了判決を取り消した当該事件に類推適用した理由として、どちらの場合においても原審で十分な本案の

審理がなされなかった可能性があるという点で、双方に共通点があると考えたためである、と指摘されている⁽⁶⁹⁾。

また、最高裁が、原判決を破棄し、事件を第1審に差し戻しているのは、差し戻し不要説を否定し、第1審の終局判決たる訴訟終了判決によって事件自体も終了し、上訴により事件が一体として上訴審に移審していたものと解し、旧民訴法388条の準用により、事件を第1審に差し戻したものであって、この点について先例的価値を有するものであると理解されている⁽⁷⁰⁾。

原審でなされた訴訟終了判決が取り消されれば、原審での本案訴訟は当然復活して進行するから、わざわざ事件を差し戻す必要はない、という見解もあるが、原審で訴訟終了判決がなされれば、当該事件は原審を離れる以上、上級審がこれを取り消しておきながら、自判も差し戻しもないとすれば、事件は結局、係属の場を失うことになる旨と指摘されている⁽⁷¹⁾。したがって、原審の訴訟終了判決を、上級審において取り消すことは、当然に原審での本案訴訟の進行を復活せしめる、という考え方は妥当でないと批判されている。訴訟判決も本案判決も、訴訟の終結を宣言という点においては、訴訟終了判決と異なるところはないはずであり、訴訟終了判決だけを特別扱いする理由はないとし、結局、事件を第1審に差し戻した最高裁の処置は正しかったと評価されている⁽⁷²⁾。

4 小括

最判昭和45年7月15日は、差し戻し不要説を否定し、第1審の訴訟終了判決によって事件自体も終了し、上訴により事件が一体として上訴審に移審していたことを前提として、旧民訴法388条の準用により事件を第1審に差し戻したと理解しうるものである⁽⁷³⁾。この最判昭和45年7月15日は、訴訟終了の原因が訴訟上の和解等の無効ではなく、(訴訟承継人となるべき者がいないとされた)原告の死亡であるが、訴訟上の和解等による訴訟終了判決と控訴による移審効の問題と状況は類似してお

り、これまで検討してきた全部移審説・差戻し必要説と同様の立場を前提にしている。

七 結びに代えて

訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起された場合、本案訴訟は第1審に残されたままであって、訴訟上の和解における瑕疵の存否等をめぐる紛争だけが控訴審に移審するのかどうかについては争いがある。本稿は、控訴不可分の原則の定義、請求の予備的併合訴訟・選択的併合訴訟における第1審の判決主文の判断対象とならなかった訴訟上の請求と控訴提起による移審効に関わる問題を参考としつつ、主に最判平成27年11月30日を検討することによって、この問題を分析した。その結果、訴訟上の和解等による訴訟終了判決に対して控訴が提起された場合、本案訴訟も控訴審に移審して控訴審の審判対象になり、そして、控訴審が第1審による訴訟終了判決を取り消す場合には、原則として事件を第1審に差し戻すべきことになるとの結論を得た。その結論は、原告の死亡による訴訟終了判決の立場（最判昭和45年7月15日）やそれを評価する見解からも支持しうるものである。

- (1) 徳田和幸「上訴（控訴）不可分の原則の根拠と妥当範囲」民事手続法研究2号1頁（平18年）。
- (2) 高田裕成ほか編・注釈民事訴訟法第5巻（有斐閣・平27年）71頁〔大濱しのぶ〕。
- (3) 右田堯雄「上訴提起の効果」新堂幸司＝鈴木正裕＝鈴木重勝編・講座民事訴訟第7巻（弘文堂・昭60年）113頁、124頁。

- (4) 鈴木重勝「控訴審の審判の範囲」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座3(日本評論社・昭57年)197頁、198頁。
- (5) 高橋宏志・重点講義民事訴訟法下第2版補訂版(有斐閣・平26年)598頁、上田徹一郎・民事訴訟法(第7版・法学書院・平23年)597頁以下。また、兼子一・新修民事訴訟法体系(増訂版・昭40年)445頁も原判決の全部とする。
- (6) 高田裕成ほか編・注釈民事訴訟法第5巻(有斐閣・平27年)18頁〔春日偉知郎〕、兼子一原著・条解民事訴訟法(第2版・弘文堂・平23年)1543頁〔松浦馨＝加藤新太郎〕。
- (7) 松本博之＝上野泰男・民事訴訟法(第8版・弘文堂・平27年)836頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・新民事訴訟法講義(第3版・有斐閣・平30年)646頁〔上野泰男〕。また、移審効は、訴えの客観的併合についての判決のように、一つの裁判の中に複数の請求に対する判断がなされ、上诉人の不服申立てがその一部にかかる場合であっても、その裁判全体について生じるとするのは、伊藤眞・民事訴訟法(第6版・有斐閣・平30年)719頁。このほか、請求の全部について確定が遮断し、移審すると説明されている、加藤新太郎＝松下淳一編・新基本法コンメンタル民事訴訟法第2巻238頁(平29年)〔芳賀雅顕〕。
- (8) 松本＝上野・前掲(注7) 836頁、中野＝松浦＝鈴木編・前掲(注7) 646頁〔上野〕、高田ほか編・前掲(注6) 19頁〔春日〕。
- (9) 上田・前掲(注5) 597頁以下。
- (10) 新堂幸司・新民事訴訟法(第6版・弘文堂・令元年)757頁。
- (11) 伊藤・前掲(注7) 631頁。
- (12) 小島武司・民事訴訟法(有斐閣・平25年)719頁。
- (13) 新堂・前掲(注10) 758頁。
- (14) 浅生重機「請求の選択的又は予備的併合と上訴」民事訴訟雑誌28号1頁、16頁(昭57年)。
- (15) 松本＝上野・前掲(注7) 721頁。
- (16) 榊原豊「複数請求の定立と規制」新堂幸司＝谷口安平編・講座民事訴訟第2巻(弘文堂・昭59年)305頁、312頁以下(条件の成否が訴訟内で判明する選択的または予備的申立ての場合の条件を疑問視する理由はなく、また、被告の財産状態を考えて強制執行で徴収できる額を求める場合に予備的申立てをすることに合理的な場合がある。双方の請求が相互に無関係である

場合も、請求権競合関係にある請求の場合も、当事者が予備的併合の申立てをすれば、それが認められて差し支えない)。また、伊東乾・民事訴訟法研究(酒井書店・昭43年)69頁、78頁。

- (17) 限定説が通説であることについて、秋山幹男ほか・コンメンタール民事訴訟法Ⅲ(第2版・日本評論社・平30年)124頁、萩澤達彦「請求の予備的併合の機能についての一考察」成蹊法学68=69合併号177頁、179頁(平20年)、内海博俊「客観的予備的併合訴訟における弁論分離の可否をめぐって」法学76巻4号349頁、360頁(平24年)。
- (18) 滝澤孝臣「判批」平成9年度主要民事判例解説180頁、181頁[論理的に両立しうる請求であっても予備的併合の申立てを認めることは、原・被告の利害には合致する]。
- (19) 池田辰夫「判批」私法判例リマークス17号134頁、136頁(平10年)。
- (20) 和田吉弘「判批」法学セミナー635号109頁(平19年)。
- (21) 高橋宏志・民事訴訟法概論(有斐閣・平28年)294頁以下。裁判実務では請求の予備的併合は実体法上両立する関係にある数個の請求についても認められているとされている。昭和60年以降の公表裁判例を分析した結果、裁判例では、請求の予備的併合に関して併合の論理関係についてはそれほど拘泥していないとされる。萩澤・前掲(注17)178頁、183頁、195頁、200頁[裁判所は、審理のやり方によって、よりよい紛争の解決のために、予備的併合を認めるべきか否かという理屈を自在に扱っているようである]。
- (22) 松本＝上野・前掲(注7)720頁。選択的併合の認められうる場合に限定して、不真正予備的併合の形態を認める見解がある。たとえば、旧訴訟物理論をとる場合、両立する数個の請求を予備的に併合することは許されると主張されている。岩松三郎＝兼子一編・法律実務講座民事訴訟第一審手続(1)(有斐閣・昭59年〔復刻版〕)158頁以下、荒木隆男「判批」亜細亜法学20巻1・2号合併号233頁、251頁注17(昭61年)。また、論理的に両立しうる数個の請求について、当事者がこれを選択的併合という態様ではなく、任意的に順位をつける申立てが適法にできるとするのは、村松俊夫「判批」判例評論383号(判例時報73号)46頁、47頁(昭39年)。さらに、請求権競合の場合には予備的併合という組合せで訴訟物を裁判所に持ち込むことが許されるとするのは、木川統一郎・民事訴訟法重要問題講義(中・成文堂・平4年)299頁[判例理論も認めているし、ドイツの判例も認めてい

る〕。このほか、兼子一＝畦上英雄＝古関敏正編・判例民事訴訟法中巻(酒井書店・昭51年)69頁、石川明「請求の予備的併合」伊東乾＝木川統一郎＝中村英郎編・民事訴訟法(重要問題と解説・大文堂印刷・昭46年)240頁、243頁。

- (23) 秋山ほか・前掲(注17)122頁。なお、真正予備的併合で請求すべき請求を選択的に併合して請求しても、原告の要証事実は明確であるから、そのような選択的併合請求は適法であるとするのは、高橋爽一郎「請求の予備的併合、選択的併合がなされた場合の控訴審における審理上の問題点について」判例タイムズ727号3頁、10頁(平2年)。
- (24) 新堂・前掲(注10)761頁。
- (25) 伊藤・前掲(注7)633頁。
- (26) 松本博之・民事控訴審ハンドブック(日本加除出版・平30年)355頁、504頁。
- (27) 荒木・前掲(注22)245頁。
- (28) 小島・前掲(注12)721頁。
- (29) なお、この大判昭和11年12月18日に対しては、当該事案は予備的請求の併合の場合には当たらないのに、大審院がそれに当たると誤認したと指摘されている。小室直人「判批」民事訴訟法判例百選60頁(昭40年)。
- (30) 小室直人「判批」民商法雑誌40巻5号50頁、54頁(昭34年)〔判旨に賛成〕。
- (31) 新堂・前掲(注10)761頁、小島・前掲(注12)721頁。また、秋山幹男ほか・コンメンタール民事訴訟法Ⅵ(日本評論社・平26年)82頁。
- (32) 伊藤・前掲(注7)633頁、高橋・前掲(注5)642頁。
- (33) 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・新民事訴訟法講義(第3版・有斐閣・平30年)557頁〔栗田隆〕。
- (34) 浅生・前掲(注14)17頁、榊原・前掲(注16)313頁。
- (35) 伊藤・前掲(注7)630頁以下。
- (36) 兼子・前掲(注5)367頁。
- (37) 松本・前掲(注26)510頁〔選択的併合は、請求の特定性を欠くから不適法〕。
- (38) 三木浩一ほか・民事訴訟法(第3版・有斐閣・平30年)508頁〔笠井正俊〕
(もっとも訴訟物理論のいかんを問わず認められ得る)。
- (39) 新堂・前掲(注10)758頁以下。
- (40) 高橋・前掲(注21)295頁。

- (41) 中野 = 松浦 = 鈴木編・前掲(注33) 554頁以下〔栗田〕。
- (42) 伊藤・前掲(注7) 632頁以下および 633頁注11。
- (43) 兼子原著・前掲(注6) 807頁以下〔竹下 = 上原〕。
- (44) 秋山ほか・前掲(注31) 83頁。
- (45) 松本・前掲(注26) 512頁〔原告は(予備的)附帯控訴を申し立てる必要がある〕。
- (46) 住吉博「判批」判例評論316号(判例時報1148号)37頁、39頁(昭60年)。
- (47) 上村明広「判批」昭和59年度重要判例解説143頁、145頁〔各請求とも条件つきで提示するという原告の意思は全審級を通じて生かされるべきであるとする本件上告審判決の考えは、予備的併合の場合にも相応して妥当する〕。
- (48) 西田隆裕「判批」最高裁判所判例解説(民事)平成21年度下907頁、925頁注6(不法行為に基づく損害賠償請求と債務不履行に基づく損害賠償請求が選択的に併合されている本件においては、Xらの控訴を棄却する旨の自判をする上では、後者の請求についてもこれを棄却する旨の判断をする必要がある)。
- (49) 第1審で判決されなかった請求について判決することができると肯定的に解されていることについて、小島・前掲(注12) 722頁以下。また、審級の利益を害しないことについて、上田・前掲(注5)527頁。
- (50) 兼子原著・前掲(注6) 807頁以下〔竹下 = 上原〕。
- (51) 三木ほか・前掲(注38) 512頁〔笠井〕。なお、選択的併合の関係にある甲請求と乙請求のうち、甲請求を認容した原判決に対する上告審において、乙請求が認容されたときは、甲請求を認容した原判決は当然に失効する旨を判示したのは、最判平成元年9月19日・判例時報1328号38頁。その根拠として、乙請求が認容されることにより、甲請求についての審判申立ての解除条件が成就し、甲請求を認容した原判決は当然に失効するからであると分析するのは、中野 = 松浦 = 鈴木編・前掲(注33)559頁〔栗田〕。
- (52) 兼子原著・前掲(注6) 1590頁〔松浦 = 加藤〕。
- (53) 秋吉ほか編・前掲(注31) 236頁。
- (54) 斎藤秀夫ほか編・第2版注解民事訴訟法第9巻(第一法規出版・平8年) 317頁以下〔小室直人 = 東孝行〕。
- (55) 菊井維大 = 村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅲ(日本評論社・昭61年)181頁以下、右田堯雄「民事判決の主文」実務民事訴訟講座2(日本評論社・昭44年)

24頁、32頁。

- (56) 三木浩一「判批」法学研究89巻11号75頁、80頁(平28年)〔原審も全部移審説に立っている〕。
- (57) 川嶋四郎「判批」判例評論699号(判例時報2323号)2頁、8頁(平29年)〔民訴法は、手続事項だけに關する上訴を認めていない〕。
- (58) 三木・前掲(注56)80頁以下〔第2審は、訴訟終了判決をした第1審判決を取り消すだけでよく、自判の必要はない〕。
- (59) 徳田・前掲(注1) 1頁。
- (60) 伊藤・前掲(注7) 633頁〔選択的併合の場合と同様〕。
- (61) 伊藤・前掲(注7) 632頁以下および633頁注11。
- (62) 最判平成21年12月10日・民集63巻10号2463頁。この判決は、最判昭和58年4月14日・裁判集民事138号567頁参照としている。
- (63) 中野＝松浦＝鈴木編・前掲(注33) 557頁〔栗田〕。
- (64) 中野＝松浦＝鈴木編・前掲(注33) 559頁〔栗田〕。
- (65) 新堂・前掲(注10)761頁。また、小室直人「判批」民商法雑誌40巻5号50頁、54頁(昭34年)。
- (66) 伊藤・前掲(注7) 633頁。
- (67) たとえば、伊藤・前掲(注7) 633頁注11。
- (68) 福永有利「当事者の死亡」演習民事訴訟法(青林書院・昭62年)651頁。
- (69) 伊東乾＝石渡哲「判批」法学研究44巻12号77頁、85頁以下(昭46年)。
- (70) 宇野栄一郎「判批」昭和45年度最高裁判所判例解説民事篇(上・法曹会)249頁、259頁。
- (71) 伊東＝石渡・前掲注(69) 86頁。
- (72) 伊東＝石渡・前掲注(69) 86頁。
- (73) 宇野・前掲注(70) 259頁。