

上告人の不服申立内容が看過された 疑念の残る事例

(最高裁昭和61年9月4日判決 判例時報1215号47頁,
判例タイムズ624号138頁, 民訴法判例百選(第5版)112事件)

加 波 眞 一*

【事 案】

XはYに対して200万円の貸金返還請求を提訴。Yは、その貸金は賭博の用に供されることを知って貸し出されたものであるから不法原因給付になるとの抗弁を主張し、加えて、(別件の土地売買契約解除による)代金返還請求権をもって相殺するとの抗弁も主張した。

<第一審>請求棄却

第一審は、不法原因給付の抗弁を否定し、貸金債権の存在を認めたが、相殺の抗弁を認め、請求棄却を判示した。

それに対して、Xのみが控訴。

<第二審(原審)>第一審判決取消・請求認容

第二審(原審)は、第一審同様に、不法原因給付の抗弁は否定。しかし、相殺の抗弁の自働債権を認めず相殺の抗弁も否定。その結果、第一審判決を取り消してXの請求を認容した。

それに対して、Yが上告。

* かなみ・しんいち 立命館大学大学院法務研究科教授

<上告理由>

被上告人の上告人に対する200万円の給付は不法原因に基づくものであり、賭博のための当該給付自体無効というべく、これに伴う消費貸借もまた無効と解されるので上告人らは受け取った金員を返還する必要はない。

【判 旨】 原判決破棄・被上告人の本件控訴を棄却。

「原審の適法に確定した事実によれば、被上告人は、上告人甲野に対し本件金銭が賭場開帳の資金に供されるものであることを知りながら、本件金銭を貸与したというのであるから、本件金銭消費貸借契約は公序良俗に違反し無効であるというべきである。したがって、本件金銭消費貸借契約は無効とはいえないとした原審の判断には、民法九〇条の解釈適用を誤った違法があり、この違法は原判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、これと同旨に帰着する論旨は理由があり、原判決は、その余の論旨について判断するまでもなく、破棄を免れない。」

「本件のように、訴求債権が有効に成立したことを認めながら、被告の主張する相殺の抗弁を採用して原告の請求を棄却した第一審判決に対し、原告のみが控訴し被告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が訴求債権の有効な成立を否定したときに、第一審判決を取消して改めて請求棄却の判決をすることは、民訴法一九九条二項（現行法114条2項一加波注）に徴すると、控訴した原告に不利益であることが明らかであるから、不利益変更禁止の原則に違反して許されないものというべきであり、控訴審としては被告の主張した相殺の抗弁を採用した第一審判決を維持し、原告の控訴を棄却するにとどめなければならないものと解するのが相当である。そうすると、本件では、第一審判決を右の趣旨において維持することとし、被上告人の本件控訴を棄却し、また被上告人の原審における請求の拡張部分を棄却すべきことになる。

よって、民訴法四〇八条、三九六条、三八四条、九六条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」

【研究】

1 本稿の目的

訴求債権は存在すると認められたが、相殺の抗弁が認められて請求棄却された判決に対して、原告のみが控訴する場合に、控訴審での再審判対象として、相殺の抗弁に関する判断だけではなく、訴求債権についての原審判断も再審判が可能か、それとも、それを争点として再審判することは、不利益変更禁止原則に反するとして、否定すべきか、という問題に関して、それを認める積極説とそれを否定する消極説の対立がある¹⁾。

従来から、本判決は、その積極説に立つことを明らかにした判例と位置づけられており、その点で意義ある判決という評価を受けているものである。

この判決についてはすでに多くの評釈があり、特につけ加えることもないようであるが、積極説に立つか消極説に立つかにかかわらず、本判決の結論には疑問があり、その点に関してはまだ残された論点があるように思われる。

それは上告審における審判対象の問題であるが、その点を論じた評釈は見当たらないようなので、その点を検討することにした。それが本稿の目的である²⁾。

また、上記、積極説・消極説の対立につき、評者（加波）は消極説に与する者であるが、その理由もこれを機会に論じておくことにした。

2 検討

以下に、逐次、本件判例の問題点を検討して、最後に本稿の目的である、上告審における審判対象の問題を検討することにした。

1 不法原因給付の抗弁

第一審も原審も、民法90条違反ゆえ契約無効との論理が成立しないことを理由に不法原因給付につき判断している点は疑問である。

訴訟物が不当利得返還請求権の場合であれば、不法原因給付は抗弁とし

て成立する余地もあるが、訴訟物は貸金返還請求権なので、不法原因給付は抗弁とはならない。

民法90条が適用されないというのであれば、それを理由に、貸金返還請求権の成立を認めればよいだけである。不法原因給付の抗弁としての主張については、主張自体失当と判断するか、意味のない主張として言及しないという対応をすべきであろう。

この点は、多くの評者がすでに指摘しているので、これ以上の言及は避けておきたい³⁾。

本判決も、請求債権は民法90条違反ゆえ無効であると判示するのみで、原審で判示された不法原因給付問題には全く言及していないので、その必要もなしということであろう。

2 請求債権の再審判の可否問題

本件のような事例において、Xのみが控訴する場合、控訴審で請求債権についても再審判できるかという問題があるのは前述の通りである。この点につき、本判決は、それを認めた原判決を前提として判断を下しているので、それを認める見解に立つことを明らかにしたと評価でき、かつ、その点に意義がある。

これも多くの評者がすでに論評している点なので、特につけ加えることはないが、この問題については、議論がかみ合っていないところがあるようなので、その点だけ言及しておきたい。

本件のような事例において、控訴審で請求債権についても再審判できるかと問うときに、これを「審判対象」となるか否か、という問い方がされてきた。判決主文判断の対象という意味での審判対象であれば、請求債権がそれに該当することに異論はないはずなので、対象となる、と答えることになろう。いわゆる積極説はそれを理由に、請求債権についても再審判を認める。

しかし、再審判を否定する見解、いわゆる消極説、の問題提起はそこに

あるのではなく、本件事例のように、訴求債権は存在すると認められたが、相殺の抗弁も認められて請求棄却された場合には、判決対象として、最終的に主文判断する審理過程で、訴求債権についての原審判断を争点として再審判しているのか、それを争点として再審判することは、不利益変更禁止原則に反するとして、否定すべきではないのか、ということであり、このような事例で、Xのみが控訴する場合は、「主文判断対象としての訴求債権」の認否判断の審理過程で、再審判対象となるのは（相殺の抗弁として主張された）相手方の自働債権が存在するという（原審の理由中）判断に限定すべきではないのか、という点である。

しかし、積極説からは、Xが訴求債権についての請求棄却判決の取消・変更を要求している以上、控訴審での「審判対象」は訴求債権の認否であるから、訴求債権は存在するとの原審理由中判断が再審判の対象となるのは当然である、として訴求債権の再審判を認めるとの見解を主張している。

確かに一般論としてはその通りであろうが、はたして、本件事例の場合でも、一般論で考えて問題はないのか。この点について検討して見たい。

一般論でいくと、控訴人の不服要求（原判決主文内容取消・変更要求）の認否を判断するのに必要となる原判決の理由中判断は原則的には全て控訴審での再審判対象となり得る。現行控訴審は（覆審制ではなく）続審制をとるので、原審の訴訟結果（ないし訴訟状態）を前提にして審理を続行することになるからである（民訴法298条）。

そうすると、本件事例では、控訴審での再審判対象は、原判決の理由中で示された「訴求債権存在」判断と相殺の抗弁についての判断、すなわち、（相殺のために主張された）反対債権（自働債権）が存在し、それと「訴求債権は相殺され、両債権は消滅した」との判断となる⁴⁾。

そこで、本件事例で、Xのみが控訴する場合、上記両判断が再審判対象になるとして、まず、相殺判断の前提問題としての「訴求債権（=受働債権）存在」判断が再審判されることになる。

その再審判の結果、「訴求債権は不存在・不成立」との判断に至るとどうなるか。(訴求債権=受働債権が存在しないのに相殺を認めたことになるので) 原判決の相殺判断は誤りであったとして取り消されることになる。そうすると、控訴審判決の内容としては、原判決取消・請求棄却を判示することになるが、これでは、原判決内容である、相殺により反対債権は消滅しているとの既判力ある理由中判断(民訴法114条2項)も取り消される結果、Xにとっては原判決内容よりも不利益な内容の判決となるので、不利益変更禁止原則により(民訴法304条・296条)、そのような内容の判決は認められず、「控訴棄却」判決に止めざるを得なくなる。この結論は、積極説論者の中では、現在では、ほぼ異論のないところであろう(この点、後述)。

しかし、この結論こそが積極説の問題点を明らかにするものと考えられる。

上記の、(相殺判断の前提としての)「訴求債権存在」判断の再審判とは、(原審ですでに判断されている)「訴求債権存在」判断の変更(すなわち、訴求債権の不存在)を求めての再審判を意味することになるので、その変更(すなわち、訴求債権の不存在)が認められても控訴人Xの不服申立要求(すなわち、請求棄却判断を請求認容判断に変更すること)が認められることはない。したがって、不服申立要求を実現するための再審判としては無意味な再審判となる。

しかも、その再審判の結果を反映した(原判決の)判決変更は、上記のように、不利益変更禁止原則に反する内容の判決をもたらすことになるが、そのような判決をもたらすことになる事項の再審判は認められていない(民訴法296条1項)。

すなわち、「訴求債権存在」判断の再審判は、単に無意味なだけではなく、当該控訴審における審理規律に反する違法な審理と解されることになる。

以上から、本件事例において、Xのみが控訴する場合には、一般論は妥当しないので、消極説がとられるべきことになる。この消極説の見解によ

ると、審理の結果、反対債権が認容されれば、原判決内容維持ということで控訴棄却が判示され、また、それが認容されないと判断されれば、相殺不成立ということになるので、原判決を取り消して、（訴求債権の）請求認容が判示されることになる。

加えて、本件事例でYのみが控訴する場合も検討しておきたい。Yも理由中判断である相殺判断に既判力が生じることから、形式的不服説に立っても、控訴できるというのが通説である⁵⁾。本件事例の場合、Yは、原判決の相殺判断の取消しによる「原判決取消・請求棄却」判決への変更が変更要求（すなわち、不服申立て）内容となる。

この場合でも、前述同様、「訴求債権存在」判断と相殺の抗弁についての判断が再審判対象となり得ることになるが、そのうち、消極説に立てば、「訴求債権存在」判断のみが再審判の対象となる。

なぜなら、訴求債権存在判断につき再審判するのは、その判断を不存在に変更させるためであるが、その変更が認められると、前述の通り、訴求債権（即ち、受働債権）不存在と判断されることになるので、相殺を認めた原判決理由中判断は違法ということになり、原判決取消しが判示されることになるが、それでYの不服申立要求は認められることになるからである。

その場合に、Xのみが控訴した場合のように、（原判決理由中判断の）反対債権存在判断の再審判が行われることはない。反対債権不存在判断を再審判して、不存在であるとの結論に至っても、その判断に生じる既判力内容は、原判決理由中判断の内容と同じく、反対債権（自働債権）不存在、ということであり（民訴法114条2項についての通説）、（その既判力を排除するために相殺判断を取り消したいという）Yの変更要求（＝不服申立要求）が認められることのない、無意味な再審判となるからである。

しかも、その判断変更がされると、相殺判断は違法となり、訴求債権は相殺されず認容されるべきことになるので、原判決取消・請求認容が判示されるべきことになるが、それでは、Yにとっては原判決内容より不利益

な内容の判決となるので、不利益変更禁止原則に反することになるとして、控訴棄却にとどまることになる。そうすると、前述のように、そのような反対債権存在判断の再審判は、審理規律（民訴法296条1項）違反の再審判になるので、行われるべきではない違法な再審判ということになるからである。

上記の観点からすると、積極説は以下の点が疑問となる。

前述のように、積極説は、「判決主文の対象たる訴求債権」とその審理過程で審判される「原判決理由中判断の対象たる訴求債権」との差異を考慮せず、両者を同一視することから、不服申立て（取消・変更要求）により、訴求債権についての原判決主文判断に対する再審判が要求される以上、理由中判断における「訴求債権存在」判断に対しても再審判を行うのは当然、と考える見解かと思われる。

しかし、この「原判決主文の対象たる訴求債権」と「判決理由中判断の対象たる訴求債権」とを同視することから（原判決理由中判断における）「訴求債権存在」判断の再審判を認める見解に立てば、（原判決主文内容に対して）訴求債権の「存在」を認める判断（すなわち請求認容）への変更を求めて不服申立て（変更要求）しているにもかかわらず、その要求を実現するための審理⁶⁾では、すでにその請求権の存在を認める原判決内容（理由中判断）に対して再審判を行うことになり、「存在」判断を求めて審理されるはずの訴求債権について「不存在」の判断を求める審理を行うのと等しいことになる。これでは、要求された審理内容と実際の審理内容とが矛盾する手続になるといわざるを得ない。

本件事例においては、訴求債権についての原判決主文判断に対する（不服申立による）変更要求には、同請求権についての原判決理由中判断における「存在・認容」判断に対する変更要求（ないし再審判要求）も当然に含まれている、という論理は再検討されるべきであろう。

また、高橋宏志教授は、この論争は、不利益変更禁止原則の内容に、原判決内容よりも不利益な判決ができないという（上訴審での）判決内容規

制にとどまらず、そのような判決結果をもたらすような審理自体の規制、すなわち審理範囲規制をも含めるか否か、ということであり、積極説は審理範囲規制は含めないが、消極説はそれも含める見解であると論じる⁷⁾が、正にその通りであろう。この問題で、不利益変更をもたらすような範囲・内容の審理を認めるのか否かが議論の分かれ目となる。

その点で、民訴法は、明文（民訴法296条）で、審理範囲は「変更を求めらるる限度」に制限しているが、これは不利益変更禁止原則により規制された判決内容の枠内に審理範囲・内容を限定する規定と解される。前述の本稿の論述もその見解に立ってのものである。

上訴の不服申立内容として、原判決内容よりも有利な変更を要求しないと、そもそも上訴の利益が認められないので、有利な変更を要求することになる。その結果、（処分権主義の上訴への反映として）そのような当事者の変更要求に従った判決しかできないと規定した（民訴法304条）ので、上訴人にとって不利益な変更内容の判決は禁止される、それが不利益変更禁止原則の一般的な説明であろう。

他方、控訴審での口頭弁論の審理内容・範囲も、処分権主義の上訴手続への反映として、当事者の変更要求に従った内容・範囲に限定されることを規定するのが民訴法296条1項である。同条同項が「変更を求めらるる限度」に審理範囲・内容を制限しているのはその意味であり、この点に異論を述べる見解はほぼ見当たらない⁸⁾。

そうすると、不利益変更禁止原則の内容として、判決の変更内容範囲の規制にとどまるというのか、審理範囲規制も含めるのか、説明内容に差があるとしても、民訴法296条1項を上記のように解する限り、結局は、審理範囲規制も（不服申立の「変更を求めらるる限度」に判決変更範囲・内容を限定することを意味する）不利益変更禁止原則の範囲で行われることになるため、実質的には、審理範囲規制も不利益変更禁止原則の内容に含まれることになり、かつ、その点は明文で規定されていることになる。

それにもかかわらず、本件の問題では、不利益変更禁止原則から審理範

囲規制を排除するというのであれば、そのような例外扱いを正当化する、それなりの説得力のある合理的な理論的論証が必要と思われるが、いかがであろうか。

以上から、消極説を妥当と考えるが、本件判例は、積極説をとるものと考えられる。

原審判決は積極説をとったが、本判決はそのことを前提に本件判旨を展開しているからである。この点は多くの評釈の一致するところである。

3 控訴棄却か原判決取消・請求棄却か

では、積極説に立つ場合、訴求債権の再審判の結果、それを認めないという判断に至ったとき、どのような判決をすべきか。控訴棄却か原判決取消・請求棄却か、という疑問が生じる。この点、控訴棄却説は、原判決取消・請求棄却を判示すれば、控訴審では、Yは控訴も附帯控訴もしていないのに第一審判決取消による有利な結果（すなわち、民法114条2項により、相殺のために主張した反対債権不存在が既判力により確定されているという状況が消滅する）を得る、逆にいうと、その限りで、Xに不利益な判決結果が生じることになり、不利益変更禁止原則に反することになるので、控訴棄却をすべきことになるという論理による。この結論を認める点では、積極説に立つ学説ではほぼ一致しているといえよう⁹⁾。

本判決もそのことを認めるものであるので、その点でも判例としての意義がある。この点に関してもすでに多くの評論があるので本稿では、これ以上言及すべきことはない。

4 本判決の残された問題点（本稿の主たる争点）

以上、従来議論されてきた問題点についての本判決の判旨には特にこれ以上言及すべき点はない。

したがって、積極説に立つ限り、判旨の「控訴審としては被告の主張した相殺の抗弁を採用した第一審判決を維持し、原告の控訴を棄却するにと

どめなければならぬものと解するのが相当である。」という内容までは問題ない。

問題なのは、その後続く自判の内容である。本判決は、その文言に続けて、「そうすると、本件では、第一審判決を右の趣旨において維持することとし、被上告人の本件控訴を棄却し、また被上告人の原審における請求の拡張部分を棄却すべきことになる。」と判示する。かくして、本判決の結論は「原判決破棄・控訴棄却」である。

しかし、この結論には、上告人は（Xではなく）Yであることから、Yの不服申立内容としては当然含まれていると思われる要求が看過されており、その点で違法ではないかという疑問が生じる。

確かに、原審は、訴求債権が成立せず、かつ、前述3の不利益変更禁止原則の論理に従うと「控訴棄却」と判示すべきことになるにもかかわらず、「第一審判決取消・請求認容」と判示したわけであるから、原審判決は違法な判決ということになる。すなわち、「控訴棄却」が原審がなすべき判決内容である、という説示部分は、原審判決の違法性の根拠を論じたことになる。

では、次に、そのように原判決内容が違法であるという場合、原判決はどう処理されるのかというと、破棄して自判するか、破棄して差戻しを判示するか、いずれかになる（民訴法326条）。事実審で確定された事実内容だけで十分判決が可能であり、あえて差し戻す必要がないという場合は、自判することになる。

本件で、その自判要件が十分充たされていたといえるかは疑問の余地がないわけではない¹⁰⁾。

しかし、自判することが可能かつ適法であったとしても、問題が残る。

それは、その自判の内容（判決主文内容）である。自判する場合は、上告人の不服内容（＝原判決内容の変更要求限度）に応じた判決をすべきことになる（民訴法313条・304条）。前述のごとく、これは処分権主義を上訴手続に適用したものと考えるのが、通説の見解である。

本件で、Yがいかなる内容の不服申立をしたのか、即ち、上告状における上告の趣旨がいかなる内容のものであったのかは公表されている文献からは明らかではない。

もっとも、上告の趣旨は上告状の必要的記載事項ではない(民訴法313条・286条2項)からか、その内容としては、「原判決を破棄し、更に相当の裁判を求める」と書くのが一般的に定式化しているようであり、その具体的内容は上告理由から判断していくのが実情なのかも知れない¹¹⁾。

もし、本件でYの上告の不服申立内容が、原審破棄・控訴棄却というのであれば、その内容通りの上告審判決なので問題はない。

しかし、そのような明確な不服申立内容の限定がなく、不服申立内容は上告理由から判断するとなると(それが通常のものであるが)、本件では、Yの上告理由は、「賭博のための右給付自体無効というべく、これに伴う消費貸借もまた無効と解される」というものであるから、それは訴求債権の不存在ゆえの請求棄却を要求していることになる。そうであれば、それは、第一審判決の、訴求債権は存在するが相殺により請求棄却、という判決内容の変更をも要求していることになる。また、原審判決はXの全面的請求認容判決であり、第一審判決を取り消して、相殺による請求棄却判断をも取り消しているのだから、その原審判決内容に対する上告による判決変更要求というのは、Yの全面的勝訴、即ち、全面的請求棄却を要求する内容と考えるべきではなかろうか。

そうすると、Yの不服申立内容、即ち、原審判決破棄・変更要求内容というのは、具体的には「原審判決破棄・第一審判決取消・請求棄却」ということになる(この点、最判昭和45年12月24日民集24巻13号2243頁、判時616号28頁等、参照)。

それにもかかわらず、上告審は「控訴棄却」の判決を下したわけであるから、本件判決は、このYの(判決内容の)変更要求を看過しており、違法ではないかとの疑問が生じる訳である。

確かに、上訴の目的は原判決の取消しであり、それゆえ、上訴審での審

判対象は、原判決内容の当否（ないし不当性）である、と考えると¹²⁾、本件でも、上告審の審判対象は、原判決内容の当否に限定され、第一審判決判断の当否には及ばない、ということになるのかもしれない。

そうであれば、本判決は、その考え方に立っているとも考えられ、自判の内容を「控訴棄却」に止めたのも説明がつかないこともない（極めて疑問ではあるが）。

しかし、そのような考え方に立つとしても、原審判決の当否を判断して、原判決を破棄すべきかどうかという（破棄事由の）審理における審判対象と、破棄判断の後に自判する場合の自判審理における審判対象は別に考えるべきであろう。このことは再審における（再審事由の存否審理である）再審許否手続（民訴法346条）とその後の（訴訟物の再審判手続である）本案再審判手続（民訴法348条）との関係を考えてみれば理解できよう。したがって、もし、破棄事由の審判手続段階での審判対象が原判決判断に限定されているとしても、自判の審判手続段階における審判対象がそれと必ずしも同じということにはならない。本判決では、原判決破棄の問題と破棄した上での自判による原判決内容変更の問題との混同があるように思われる。

さらに、上告においても、上告人による不服申立内容の拡張、すなわち、（不服申立内容に対応した）審判対象の拡張が可能である¹³⁾。Yが上告し、しかも、その上告理由として、訴求債権の不存在を主張している以上、上告理由から上告趣旨を判断するというのであれば、前述のように、上告の趣旨としては、（相殺による請求棄却をした）第一審判決取消を含んでいると解すべきであり、それは不服申立の拡張であるというのであれば、その拡張の主張も含んでいるというべきことになる。

そもそも、上訴審の審判対象は上記のように考えるのではなく、訴えによって特定された訴訟物が三審を通して審判対象となると考えるべきであろう¹⁴⁾。その見解に立てば、上告審で訴訟物たる訴求債権の不存在を主張して請求棄却を申し立てる以上、その内容は第一審判決を通じての訴訟物判

断全てについて請求棄却という判決内容への変更を求めていることになりうから、第一審判決取消の申し立てを不服申立の拡張と解する余地はないと思われる。

いずれにせよ、第一審判決取消の申し立て部分を不服申立の拡張というか否かは別として、そのような内容が不服申立に含まれていると解すべきとすれば、本件判決は、控訴棄却ではなく、原審判決破棄・第一審判決取消・請求棄却、という内容を判示すべきであったのではないかと、ということになる¹⁵⁾。

なお、ドイツでは、控訴されなかった部分は移審せず、控訴審での審判対象とならないという見解があり¹⁶⁾、日本でも松本博之博士が主張するところである¹⁷⁾。

この見解に立てば、本件Yが控訴していない部分は控訴審に移審しないことになるので、Yが上告してもその部分は上告審に移審することなく、それゆえ上告審の審判対象となることはない、という結果になるようにも見える。

しかし、この見解に立っても、Yが控訴しなかった部分は（移審はしないが）確定せず（確定停止効は別に認める）、上告審での審判内容の拡張によって、上告審の審判対象に組み入れることが可能となるので¹⁸⁾、その点では、（上訴不可分原則による）移審肯定説と結論に差は出ないようである。

しかも、日本では、通説・判例はそのような見解をとらず、控訴されなかった部分も控訴審に移審しており、上告されると不可分に上告審に移審して、上告審での審判対象となる可能性が維持される（上訴不可分の原則）¹⁹⁾ことになる。

かくして、移審効の範囲の問題が本判決内容を正当化する根拠となることはなく、むしろ、全てが三審を通して不可分に移審しているとすれば、Yの上告による、第一審判決取消・請求棄却という判決内容変更要求は可能となり、原審判決内容を「控訴棄却」に止めるという変更制限をした本判決の判断に疑問をもたらすことになる。

本件の原審において（第一審判決取消・請求棄却という全面的（判決内容）変更判断ではなく）「控訴棄却」という制限的変更判断しか認められないのは、Yが控訴や附帯控訴という判決変更要求をしていないからである。

しかし、上告審では、Yは上告という不服申立てによる判決変更要求を行っているのである。それにもかかわらず、その上告審で、Yが不服申立てを全くしていなかった控訴審の場合と全く同じ制限的変更判断しか認められないというのは問題ではなからうか。

上告審での自判は、破棄差し戻しを受けた控訴審（差戻審）に代わって審判するものであるといわれることがある。では、もし、本件において破棄差し戻しをすれば、どのような判決になるのであろうか。（上告審の）請求債権は公序良俗違反ゆえ無効・不存在という判断は差戻判決の拘束力により差戻審を拘束することになる（民訴法325条3項）。しかも、当然、Yは差戻審でも、請求債権の不存在を主張し、それゆえ、第一審判決取消・請求棄却を申し立てるだろうから、（理論的には、差戻審の審判範囲論に関連して、それを不服申立の拡張と解するか否か、議論の余地はあり得るが、いずれにせよ、その内容の申立てがある以上）差戻審では、第一審判決取消・請求棄却の判決を判示することになろう。

この観点からみても、本件判決の内容は疑問といわざるを得ない。破棄差し戻しをしておれば救済されていたはずのYの権利義務内容が、わざわざ上告審が自判したがために救済されない結果となっているからである。

しかも、上告審判決により判決は確定してしまうので、Yは全面的勝訴の判決を得られる法的要件の具備が認められながら、それを得る可能性を完全に失うことにもなる。これでは上訴の救済機能が全うされないことになる。

もし、このような結果をもたらす理論的原因が、前述のような上告における審判対象の捉え方にあるとすれば、（本件では、その問題は関係しないと思われるが、もしそうなら）その是非が問われるべきであろう。その際には、本件判決は最適な検討材料となろう。

- 1) 学説状況については、代表として、松本博之「相殺の抗弁についての判断と不利益変更禁止原則」『訴訟における相殺』（商事法務、2008年）239頁、また、同『民事控訴審ハンドブック』（日本加除出版社、2018年）490頁以下、高橋宏志『重点講義・民事訴訟法（下）第2版補訂版』（有斐閣、2014年）629頁以下。
- 2) 本稿で参照したのは、以下の文献である。

塚原朋一・ジュリスト878号（1987年）74頁、右田堯雄・判例時報1227号（1987年）187頁、小林秀之・法学セミナー392号（2013年）102頁、花村治郎・民事訴訟法判例百選Ⅱ（新法対応補正版）（1998年）412頁、住吉博・ジュリスト臨時増刊887号（1987年）130頁、三木浩一・民事訴訟法判例百選（第3版）（2003年）236頁、山本克己「相殺の抗弁と不利益変更禁止の原則」ジュリスト879号（1987年）59頁、榮春彦・判例タイムズ677号（昭和62年度主要民事判例解説）（1988年）292頁、磯村保「賭博開帳者の保護？」法学セミナー384号（2012年）28頁、青木哲・民事訴訟法判例百選（第5版）（2015年）234頁、栗田隆「不利益変更禁止に関する判例法理」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣、1995年）267頁。
- 3) 本稿・前掲注（2）文献参照。特に、磯村・前掲注（2）論文。
- 4) もちろん、控訴審でもこれら以外の新たな争点（審理対象）の追加は可能である（民法301条参照）が、ここでは議論の便宜上、そのようなことがない場合を前提とする。
- 5) 高橋・前掲注（1）601頁、松本・前掲注（1）民事控訴審ハンドブック114頁。
- 6) 民法296条が適用される結果、審理内容は不服申立要求を実現するためのものに限定されることになる。この点、さらに後述。
- 7) 高橋・前掲注（1）632頁。また、青木・前掲注（2）235頁も同旨。このことは、消極説に立つ右田・前掲注（2）も強調するところである。
- 8) この点、兼子一ほか『条解民事訴訟法（第2版）』（弘文堂、2011年）1565頁、新堂幸司『新民事訴訟法（第6版）』（弘文堂、2019年）929頁、伊藤眞『民事訴訟法（第5版）』（有斐閣、2016年）720頁、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣、2009年）812頁、上田徹一郎『民事訴訟法（第7版）』（法学書院、2011年）603頁、中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義（第3版）』（有斐閣、2018年）652頁、川嶋四郎『民事訴訟法』（日本評論社、2013年）903頁など。このことに関し、花村治郎「不利益変更禁止の原則——不利益変更禁止の原則と控訴審の審判の範囲——」『続・民事上訴制度の研究』（誠文堂、1997年）3頁は、不利益変更禁止原則を処分権主義の上訴手続への反映とすると、それは上訴審における審判対象・範囲を画するものとなり、かつ、そう解するのが通説であるという。
- 9) 本稿・前掲注（2）掲載文献参照。
- 10) 山本・前掲注（2）63頁は、両当事者に公平に十分な手続保障を確保するという観点からは、自判せず差し戻しをすべきではなかったかと批判する。
- 11) 最高裁のHPに掲載されている上告状の書き方参照。また、松本博之『民事上告審ハンドブック』（日本加除出版社、2019年）303頁、311頁以下参照。しかし、このような非訟的な上告申立ての取り扱い方が、本件のような問題を引き起こす要因の一つとなっているように思われる。
- 12) 高橋・前掲注（1）748頁注（125）はその旨を明記する。松本・前掲注（1）民事控訴審

上告人の不服申立内容が看過された疑念の残る事例（加波）

ハンドブック59頁によると、それが現在の通説の見解とのことである。

- 13) 代表として、平田浩「上告審における審理対象」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、1982年）219頁以下、また、松本・前掲注（11）313頁、高橋・前掲注（1）748頁注（126）。
- 14) この点は、松本・前掲注（1）民事控訴審ハンドブック44頁以下においてすでに十分な論証が行われているところなので、詳細はそれに委ねたい。
- 15) もし、本件では、上告審は、原審判決破棄・第一審判決取消・請求棄却、という内容を判示すべきであったとすれば、この判決はYの上告における不服申立内容を看過した違法なものとなり、このような判決に対する救済手続が検討されることになる。
このような判決は、審判対象とされ、判断されるべき内容について一部の内容が判断されないまま終結したものと評価すべきではなかろうか。そのような解釈が可能であれば、一種の「判決の脱漏」（またはそれに類するもの）と解して、民訴法258条1項を適用ないし類推適用し、（本判決を下した最高裁に）追加判決を求めるという形で救済をはかることが検討されることになろうか。
その場合、本件では、すでに原審判決破棄の判決が下されているので、言い渡されることなく残っている判決内容は「第一審判決取消・請求棄却」という部分なので、それを追加判決として判決するように最高裁に催促するという手続をとることになろうか。
- 16) 右田・前掲注（2）190頁以下。
- 17) 松本・前掲注（1）民事控訴審ハンドブック352頁。
- 18) 松本・前掲注（11）313頁。
- 19) この上訴不可分の原則に関する通説・判例の見解については、代表的文献として、徳田和幸「上訴（控訴）不可分の原則の根拠・妥当範囲」民事手続法研究第2号（信山社、2006年）1頁、と松本・前掲注（1）民事控訴審ハンドブック37頁以下、を挙げるに止めておきたい。