

**第一審の全部勝訴者が民訴法 249 条 1 項違反を理由として控訴を提起する場合の控訴の利益**

【文献種別】 判決／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 令和 5 年 3 月 24 日

【事件番号】 令和 4 年（受）第 324 号

【事件名】 共有持分移転登記手続請求事件

【裁判結果】 破棄差戻し

【参照法令】 民事訴訟法 249 条 1 項・254 条 1 項・281 条 1 項・338 条 1 項 1 号

【掲載誌】 民集 77 卷 3 号 803 頁、裁時 1813 号 1 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25572742

慶應義塾大学教授 川嶋隆憲

**事実の概要**

A の長男である X は、A の死後、A の配偶者であり、かつ、A の遺言により A のすべての遺産を相続した Y に対して、遺留分減殺請求権（平成 30 年相続法改正前 1031 条参照）に基づき、A の遺産である不動産につき、遺留分減殺を原因とする所有権一部移転登記手続を求める訴えを提起した。

第一審において、Y は、適式な呼出しを受けたにもかかわらず、令和 3 年 5 月 26 日に開かれた第 1 回口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面も提出しなかった。第一審は、1 名の裁判官 J<sub>1</sub> によって審理されていたところ、J<sub>1</sub> は、上記期日において口頭弁論を終結し、判決言渡期日を同年 6 月 16 日に指定した。上記の指定に係る判決言渡期日において、上記口頭弁論に関与していない裁判官 J<sub>2</sub> が、民訴法 254 条 1 項により、判決書の原本に基づかないで X の請求を全部認容する判決（以下「本件第一審判決」という）を言い渡した。

本件第一審判決に対して、X は、①同判決は、口頭弁論に関与しない裁判官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）、再審事由（同 338 条 1 項 2 号）に該当する手続上の瑕疵がある、②本件第一審判決が確定して所有権一部移転登記がされたとしても、将来 Y を被相続人とする相続が開始した場合、そ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り、X が第三者に共有持分権を対抗できなくなることがあり得るから、X には、控訴審において手続上の瑕疵のない請求認容判決を受ける利

益がある、などとして、本件第一審判決を取り消し、改めて X の請求を全部認容する旨の判決を求めて控訴をした（なお、Y は、控訴審でも適式な呼出しを受けたが、第 1 回口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面も提出していない）。

原審は、本件第一審判決には上記の手続上の瑕疵があるとした上で、(i)控訴の利益は、請求の趣旨と判決主文とを比較して後者が前者に満たない場合に限り認められるものと解するのが相当であるところ、X は請求の趣旨のとおり請求認容判決の言渡しを受けたものであり、判決主文が請求の趣旨に満たないとはいえない、(ii)本件において、将来 X の主張するような再審の訴えが提起される蓋然性は認められず、仮に将来再審の訴えが提起されたとしても、X の請求に理由があるときは、原判決に基づいてされた登記が抹消されて X が第三者に共有持分権を対抗できなくなることはあり得ない、などとして、X の上記主張をもって控訴の利益があるとはいえないとした。これに対して X が上告受理の申立てをして、受理された。

**判決の要旨**

破棄差戻し。

「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関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る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。

そして、前記……の経過によれば、X は、本件第 1 審判決に対して控訴をすることができる。」

## 判例の解説

### 一 はじめに

本判決は、第一審判決に民訴法（以下「法」）249 条 1 項違反があることを理由として控訴を提起する場合には、いわゆる全部勝訴者であっても、控訴の利益が認められる旨を明らかにした初めての最高裁判決である。

一般に、申立てどおりの判決を得た当事者（全部勝訴者）には当該判決に対する不服がないがゆえに上訴を提起する正当な利益、すなわち上訴の利益に欠けると考えられるが、後述するように、判例・学説上、全部勝訴者であってもなお上訴の利益が認められるいくつかのケースがある。本判決はこれに新たな事例——原判決に直接主義違反（法 249 条 1 項違反）がある場合——を加えるものとして重要な先例的意義を有する<sup>1)</sup>。

### 二 調書判決について

本件第一審判決は、法 254 条 1 項に基づいてなされた簡易な方式の判決であり、「調書判決」、「判決書に代わる調書」などと呼ばれる。調書判決は、平成 8 年改正民訴法によって新たに導入された判決の方式であり、実質的に当事者間に争いが無いものと評価できる事件において当事者が迅速に判決を受けられるよう、判決書の作成や言渡しの方式の簡易化を図ったものである<sup>2)</sup>。法 254 条は、上記のような事件において原告の請求を認容するときは、判決書の原本に基づかないことができ（同 1 項参照）、この場合には、判決書の作成に代えて、主文その他の事項を記載した調書を裁判所書記官に作成させるべきこととしている（同 2 項参照）。

調書判決は、口頭弁論期日において弁論を終結

した後に即日で言い渡すこともできるが、本件のように、別途、判決言渡期日を指定してすることもできる<sup>3)</sup>。後者の場合には、裁判官の交代等の理由により、口頭弁論期日に立ち会った裁判官が判決言渡期日に立ち会うことができない状況を生じることがあり得るが、調書判決も判決の一種であるから、「判決は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官がする」（法 249 条 1 項）ことを要し、「裁判官が代わった場合には、当事者は、従前の口頭弁論の結果を陳述しなければならない」（同 2 項。「弁論の更新」と呼ばれる）。本件第一審判決は、口頭弁論に関与した裁判官と異なる裁判官によってなされており、また、裁判官の交代にもかかわらず弁論の更新の手続がとられなかった点で、上記手続違背の有無ないしその効果等が問題となったものである。

### 三 直接主義について

#### 1 直接主義

直接主義とは、判決をする裁判官自身が直接に当事者の弁論を聴取し、証拠調べをするという原則を指し、その趣旨は、裁判官自身の認識を判決に直接反映できるようにすることで、内容的に適正な判決がされるようにすることにあるとされる<sup>4)</sup>。

法 249 条 1 項は、直接主義の要請を受けて、「判決は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官がする」ものでなければならない旨を定める。ここにいう口頭弁論への関与については、判決裁判官がすべての口頭弁論に関与していることまでは必要でなく、口頭弁論の不可分・一体性の原則等から、最終の口頭弁論期日に立ち会っていたことを意味すると解するのが判例・多数説である<sup>5)</sup>。また、同条項が要求しているのは、判決の基本となる口頭弁論に関与した裁判官が判決の内容を決定することであり、基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が判決の言渡しのみに関与することは妨げられないと解されている<sup>6)</sup>。

#### 2 調書判決と直接主義

上記の考え方に従えば、調書判決の方式でなされた本件第一審判決が法 249 条 1 項に違反するか否かは、当該判決が基本となる口頭弁論に関与した裁判官によって作成されたといえるか否かによる。この点に関して、本件原判決は、「判決書の原本に基づいて行われる判決の言渡しは、既に

内部的に成立している判決の内容を告知するものにすぎないから、口頭弁論に関与していない裁判官が既に内部的に成立している判決の言渡しをしても民事訴訟法 249 条 1 項に違反するとはいえない。これに対し、口頭弁論に関与していない裁判官が同法 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」としており、本件最高裁判決もこのような原判決の考え方を否定するものではないと見られる。

本件のように調書判決としうる事案では、弁論を終結した時点で判決内容（自白または擬制自白の成立を理由とする原告の請求認容判決）は事実上固まっており、基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が言渡しをしても、既に決定済みの判決内容を告知する場合と大差ないとの見方もあるかもしれない。しかしながら、どの裁判官が判決内容を決定したかは、判決原本における署名押印（民事訴訟規則 157 条参照）によって決定すべきであり、判決内容を作成した裁判官がこれと異なる旨の証明は許されないとする考え方が有力であり<sup>7)</sup>（一種の法定証拠主義）、このような考え方を調書判決に推し及ぼすとすれば、判決書に代わる調書に裁判官として表示された裁判官が判決内容の決定主体であって、これと異なる者が判決を作成したと認定する余地はないというべきであろう。

### 3 直接主義違反の効果

法 249 条 1 項に違反し、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が判決をした場合、このことが絶対的上告理由の一つである「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」（法 312 条 2 項 1 号）に該当することについては判例・学説上争いが無い<sup>8)</sup>。「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」は、再審事由の一つ（法 338 条 1 項 1 号）でもある。

また、法 249 条 1 項違反の直接の効果ではないが、同条項違反を含む、第一審の「判決の手續」（評決手續、判決書の作成手續、判決言渡手續を指す）に法律違反がある場合には、法 306 条に基づき、原判決が内容的に不当であるか否かを問わず、第一審判決を必ず取り消さなければならない<sup>9)</sup>（本件控訴審が上記処理をしていないのは、本件控訴が

控訴の利益を欠くとの理由で却下されていることによる）。

## 四 控訴の利益について

### 1 控訴の利益の判断基準

民訴法上、明文規定はないが、上诉人が原裁判に対して不服を主張する利益を有すること、換言すれば、原裁判によって不利益を受けることが上訴要件の一つとされる。これを上訴の利益と呼び（不服の利益、上訴の不服などともいう）<sup>10)</sup>、控訴における上訴の利益を控訴の利益という。

控訴（上訴）の利益の基礎となる不服概念には、当事者の申立てと判決主文とを比較し、後者が前者よりも小さいことを意味する「形式的不服」概念と、原判決が確定した場合の既判力その他の判決効が不利に作用することを意味する「実体的不服」概念とがある。控訴の利益の判断基準をめぐっては、これまで、「形式的不服」があることが原則として必要であるとする形式的不服説の考え方と、「実体的不服」があれば控訴の利益が具備されるとする新実体的不服説の考え方などが主張されているが、基準としての簡易明確性などから形式的不服説が学説の多数であり、判例も一貫してこの見解によっているとされる<sup>11)</sup>。他方、新実体的不服説は、形式的不服説では例外として説明せざるを得なかった諸事例——(ア)予備的相殺の抗弁により全部勝訴判決を得た被告が相殺以外の理由で勝訴するために控訴する場合、(イ)黙示の一部請求において全部勝訴判決を得た原告が、残額部分についても判決を得るために控訴する場合<sup>12)</sup>、(ウ)原判決の取消しを求めた控訴人が、取消・差戻判決を得たものの、取消理由に不満があるとして上告する場合<sup>13)</sup> など——を統一的に説明しうる見解として、有力に主張されてきた（ただし、請求棄却を申し立てた被告が訴え却下判決に対して請求棄却判決を求めて控訴する場合のように、新実体的不服説によっては説明が困難なケースもないではない<sup>14)</sup>）。

### 2 本判決の考え方

原判決および本判決は、いずれも形式的不服説の考え方を前提として見られる点で共通するが、第一審の全部勝訴者である X につき、例外的に控訴の利益を認めることができるか否かについての判断を異にしている。原判決は、本件瑕疵（法 249 条 1 項違反）の再審事由該当性を肯定しな

がらも、これまでの事実経過等に照らして、本件第一審判決がのちに再審訴訟を通じて覆滅する現実の可能性が低いこと等を理由に、例外的扱いを認めなかった。これに対して本判決は、個別事情に立ち入ることなく、本件瑕疵の「民事訴訟の根幹に関わる重大な違法」性とそのような瑕疵の再審事由該当性や瑕疵の有無の判別容易性を理由として、例外的扱いを認めた。

本件第一審判決について見るに、全部勝訴者であるXには形式的不服がなく、また、当該判決がそのまま確定した場合に、既判力その他の判決効がXに不利に作用して別訴での救済を受けられなくなるという意味での実体的不服もない。しかしながら、民訴法249条1項違反という再審事由にも該当する重大な手続的瑕疵が存在する場合には、当該瑕疵は判決の確定によっても治癒されず、また、当該瑕疵の存在は訴訟記録の記載から明白であるがゆえに、再審の訴えが提起される限り、(他の理由によって再審の訴えが不適法とされる場合を除き)再審開始決定がされ原裁判の訴訟物たる権利義務が再び係争可能となることを阻止できないという不安定な状況に置かれるのであって、このような不利益からの救済手段としては控訴によることが最も直截かつ適切であると考えられる<sup>15)</sup>。

もっとも、これまで、絶対的上告理由や再審事由に該当する瑕疵といえども、それ自体は当然には上訴の利益を基礎づけない(上告の場合でも絶対的上告理由とは別に上告の利益が、再審の場合でも再審事由とは別に不服の利益が必要である)と理解されてきたところであり、原裁判に再審事由に該当する瑕疵があるとの一事をもって上訴の利益ありとすることは、こうした原則的理解と相容れない面があることに留意を要する。本判決が控訴の利益を例外的に認めるにあたり、本件瑕疵の再審事由該当性に加えて、民事訴訟の根幹的要請との抵触や瑕疵の一義的明確性に言及していることは、本件における控訴の利益ありとの判断が、本件瑕疵の特質に基づく特に例外的な扱いであって、上記原則的理解を否定する趣旨に出たものではないこと、また、同種事例を超えて、およそ一般に再審事由の存在を理由とする全部勝訴者からの上訴の利益を肯定するものではないことを含意するといえよう。

●—注

- 1) 本判決の解説・評釈等として、安永祐司「判批」法セ822号(2023年)110頁、岡田洋一「判批」判例秘書ジャーナル(文献番号HJ100178)(2023年)、瀧崎録「判批」法教515号(2023年)120頁などがある。
- 2) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(商事法務研究会、1996年)294頁参照。
- 3) 調書判決の運用例につき、奈原新二=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46号(2000年)206頁参照。
- 4) 三木浩一ほか『民事訴訟法〔第4版〕』(有斐閣、2023年)147頁〔笠井正俊〕参照。
- 5) 大判明33・12・17民録6輯11巻86頁、大判明35・5・20民録8輯5巻88頁参照。また、兼子原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂、2011年)1391頁〔竹下守夫=上原敏夫〕、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法V〔第2版〕』(日本評論社、2022年)163頁、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(4)』(有斐閣、2017年)1053頁〔山田文〕など参照。
- 6) 大判昭8・2・3民集12巻112頁、最判昭26・6・29集民4号949頁参照。また、兼子原著・前掲注5)1391頁〔竹下=上原〕、秋山ほか・前掲注5)163頁、高田ほか編・前掲注5)1053頁〔山田〕など参照。
- 7) 兼子原著・前掲注5)1391頁〔竹下=上原〕参照。
- 8) 判例につき、最判昭32・10・4民集11巻10号1703頁参照。
- 9) 取消し後の措置(自判とするか差戻しとするか)は法308条1項の規定に従う。
- 10) 判例・学説の状況について、兼子原著・前掲注5)1525頁以下〔松浦馨=加藤新太郎〕、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法VI』(日本評論社、2014年)23頁以下、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(5)』(有斐閣、2015年)14頁以下〔春日偉知郎〕、34頁以下〔松村和徳〕など参照。
- 11) 大判昭18・12・23民集22巻1254頁、最判昭31・4・3民集10巻4号297頁、最判昭40・3・19民集19巻2号484頁など参照。
- 12) 名古屋高金沢支判平元・1・30判時1308号125頁参照。
- 13) 最判昭45・1・22民集24巻1号1頁参照。
- 14) 上野泰男「上訴の不服再考」松本博之先生古稀祝賀『民事手続法制の展開と手続原則』(弘文堂、2016年)651頁以下は、このようなケースを念頭に、これまでの新実体的不服説の考え方を修正し、「形式的不服および実体的不服は、そのいずれもが上訴の不服を具備させると考える」と説く。
- 15) 判決の確定を待ってXの側から再審の訴えを提起した上で原裁判の再開・続行を求めることの可否については、再審訴訟における不服の利益という、控訴の利益と共通する問題があり、仮にこれを肯定できるとしても、救済手段としては迂遠であるように思われる。