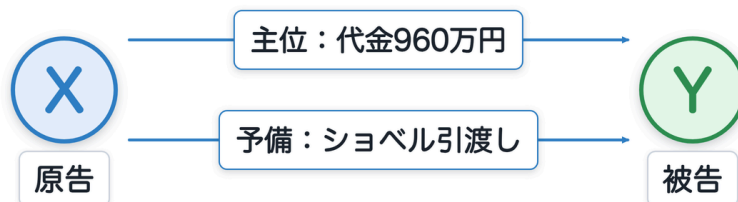


ゼロから民事訴訟法 論文／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 事例

事例

原告のXと被告のY、2つの請求



両立しない請求を、順位をつけて併合した

図：原告のXと被告のY、2つの請求

登場するのは、中古の建設機械を売る販売会社の原告のXと、解体工事業者の被告のYです。目的物は、中古の大型油圧ショベルです。以下、本件ショベルと呼びます。図では、XからYへ、線が2本のびています。2つの請求です。時間の順に見ていきます。

時系列：売買から一審判決まで

日付	できごと
令和5年9月4日(月)	XがYに本件ショベルを代金960万円で売った(Xの主張)
令和5年9月11日(月)	本件ショベルを引き渡した。支払期限は令和5年10月31日(火)。Yは払わない
令和5年11月13日(月)	Yが「メーターの稼働時間は2,300時間と表示されていたが、実際はその三倍を超える。偽って説明された」として、詐欺を理由に売買を取り消すと通知(民法96条1項)
令和6年3月4日(月)	Xが提訴。主位的請求＝代金960万円の支払。予備的請求＝取り消されて売買の効力がない場合に備えた、所有権に基づく本件ショベルの引渡し
令和6年10月21日(月)	一審判決(場面によって主文が違う)
控訴	Yだけが控訴(Xは控訴も附帯控訴もしていない場面あり)

図：時系列：売買から一審判決まで

Xは、Yに本件ショベルを代金960万円で売って、引き渡した、と主張しています。Yは、支払期限が来ても払いませんでした。その後、Yは、売買を取り消す、とXに通知しました。理由はこうです。メーターには稼働時間が2,300時間と表示されていたが、実際はその三倍を超えていた。Xの営業担当者はそれを偽って説明した。だまされて買ったので、詐欺による取消しだ、というものです。民法96条1項の取消しです。Xは提訴しました。ここで2つの請求を併合しています。主位的請求は、代金960万円の支払です。予備的請求は、売買が取り消されて効力がないとされる場合に備えた、所有権に基づく本件ショベルの引渡しです。

売買が有効なのか取り消されたのかは、どちらかしかありません。2つの請求は両立しません。そこで、第一に代金を求め、それが認められないときに備えて引渡しを求める。この形が予備的併合です。この事例では、予備的併合として適法です。

一審の結果の対比

項目	場面ア	場面イ
一審の判断	詐欺は認められず、売買は有効	詐欺により売買は取り消された
一審の主文	主位的請求を全部認容(予備的請求は判断しない)	主位的請求を棄却、予備的請求を認容(引渡しを命じる)
控訴	Yだけ	Yだけ。Xは控訴も附帯控訴もしていない

- ・ 控訴審の心証：場面ア＝売買は取り消された／場面イ＝売買は有効で代金債権がある

図：一審の結果の対比

一審判決は、2つの場面に分けて考えます。場面アと、場面イです。場面アです。一審は、詐欺は認められず、売買は有効だと判断しました。そこで、主位的請求の代金960万円を、全部認容しました。予備的請求については、判断していません。主位的請求が認められたので、予備的請求を判断する必要がなかったからです。Yだけが控訴しました。控訴審の心証は、一審と逆です。詐欺が認められ、売買は取り消された、と考えています。場面イです。一審は、詐欺により売買は取り消された、と判断しました。そこで、主位的請求は棄却し、予備的請求を認容して、本件ショベルの引渡しを命じました。この場面でも、控訴したのはYだけです。Xは、控訴も附帯控訴もしていません。附帯控訴は、控訴された側が、相手の控訴に乗って、控訴審の審判の範囲を自分のほうにも広げる道具です。条文はあとで開きます。控訴審の心証は、こちらも一審と逆です。詐欺は認められず、売買は有効で、代金960万円の債権がある、と考えています。

事実の整理：ア・イ・ウ・エ・オ

記号	事実
ア	Xは主位的請求(代金960万円)と予備的請求(本件ショベルの引渡し)を併合して提訴。両請求は両立しない
イ	場面ア：一審は主位的請求を全部認容し、予備的請求は判断していない。Yだけ控訴
ウ	場面ア：控訴審の心証は「売買は取り消された」(主位的請求に理由がなく、予備的請求に理由がある)
エ	場面イ：一審は主位的請求棄却・予備的請求認容。Yだけ控訴。Xは控訴も附帯控訴もしていない
オ	場面イ：控訴審の心証は「売買は有効で代金債権がある」(主位的請求に理由があり、予備的請求に理由がない)

図：事実の整理：ア・イ・ウ・エ・オ

記号で整理します。事実アは、2つの請求を予備的併合で立てたことです。事実イは、場面アで、一審が主位的請求を全部認容し、予備的請求は判断せず、Yだけが控訴したことです。事実ウは、場面アの控訴審の心証で、売買は取り消された、というものです。事実エは、場面イで、一審が主位的請求を棄却して予備的請求を認容し、Yだけが控訴して、Xは控訴も附帯控訴もしていないことです。事実オは、場面イの控訴審の心証で、売買は有効で代金債権がある、というものです。

この事例で問うこと

場面ア：Yだけの控訴で、控訴審は予備的請求まで審判して、判決できるか

場面イ：Yだけが控訴したとき、控訴審が「売買は有効」と考えたら、主文はどうなるか

図：この事例で問うこと

問うのは、2つです。場面アでは、Yだけが控訴したとき、控訴審は、一審が判断していない予備的請求まで審判して、判決できるか。場面イでは、Yだけが控訴したとき、控訴審が売買は有効だと考えたら、主文はどうなるか、です。

2 条文と検討の順番

論文の骨格

検討の順番

1 予備的請求は移審しているか



2 控訴審は審判してよいか



3 主文は何か

図：検討の順番

検討の順番は3つです。移審というのは、審理の場が、下の裁判所から上の裁判所へ移ることです。1つめは、予備的請求は控訴審に移審しているか。2つめは、移審しているとして、控訴審は審判してよいか。3つめは、主文は何か、です。この順番にする理由は、控訴審が判決を言い渡せるのは、移審した範囲だけだからです。そして、移審した請求でも、審判してよいとは限りません。審判できる範囲が決まって、はじめて主文が書けます。先に、条文を2つ開きます。

条文 民事訴訟法116条2項

民事訴訟法116条2項（判決の確定時期）

判決の確定は、前項の期間内にした**控訴の提起**、同項の上告の提起又は同項の申立てにより、**遮断**される。

116条2項です。控訴期間内に控訴が提起されると、判決の確定は遮断されます。確定遮断と呼びます。

条文 民事訴訟法304条

民事訴訟法304条（第一審判決の取消し及び変更の範囲）

第一審判決の取消し及び変更は、**不服申立ての限度**においてのみ、これを行うことができる。

304条です。控訴審が第一審判決を取り消したり変更したりできるのは、不服申立ての限度だけです。296条1項も同じ方向の規定で、控訴審の口頭弁論は、第一審判決の変更を求める限度で行うと定めています。再採点にたとえます。答案の何問かについて再採点を頼んだとき、採点し直してもらえるのは、頼んだ問題です。頼んでいない問題の点を、勝手に上げてもらうことはできません。ついでに下げられることもありません。控訴審の審判は、この再採点に似ています。条文を音読すれば出てくる内容は、成立要件です。条文番号を添えて書けば足ります。条文に書いていない基準を、判例や解釈で立てるものが、規範です。このノートで条文どおりなのは、116条2項と、304条と、あとで開く305条と、

293条1項です。規範は3つです。予備的請求の移審。第一審で判断されていない予備的請求の審判。そして、被告だけが控訴したときの主位的請求の扱いです。

予備的請求は、控訴審に移審しているか

場面ア：一審は主位的請求を認容し、予備的請求は判断していない

|Yが控訴したとき、予備的請求は上に移るか

図：予備的請求は、控訴審に移審しているか

場面アに入ります。控訴審が予備的請求を認容するには、予備的請求が控訴審に移っている必要があります。ところが、一審は予備的請求を判断していません。Yが控訴したとき、判断されていない予備的請求は、移審するのでしょうか。

規範と答案の型 | 予備的請求の移審

【問題提起】

一審で判断されていない予備的請求は、主位的請求を認容した判決への被告の控訴で、控訴審に移審するか。そこで、予備的請求の移審が問題となる。

【規範】

通説 | 数個の請求を併合して一個の判決で判断した場合、一部の請求についてだけ控訴があっても、確定遮断と移審は併合審判を受けた全請求に及ぶ(上訴不可分の原則)。
通説 | 予備的併合で主位的請求を認容した判決に控訴があったときも、予備的請求は控訴審に移審する。

【あてはめ】

Yが主位的請求を認容した判決に控訴した。主位的請求と併合された予備的請求も、確定が遮断され、控訴審に移審する。よって、予備的請求は控訴審に移審する。

規範(通説で立てる)

図：規範と答案の型 | 予備的請求の移審

規範は、通説の整理で立てます。使うのは、上訴不可分の原則です。この原則は、条文には書かれていません。116条2項の確定遮断から説明されます。数個の請求を併合して一個の判決で判断した場合、一部の請求についてだけ控訴があっても、確定遮断と移審は、併合審判を受けた全請求に及ぶ。これが上訴不可分の原則です。予備的併合で主位的請求を認容した判決に控訴があったときも、予備的請求は控訴審に移審する。決め手は、予備的併合の作りです。入試の第一志望と滑り止めの併願にたとえます。第一志望が合格なら、滑り止めの結果は見ずに済みます。けれども、その合格が後から取り消されたら、滑り止めの結果が要ります。予備的請求は、主位的請求が認められないときに備えて立てた請求です。控訴審で主位的請求が退けられる可能性がある以上、予備的請求と一緒に上に移しておくのが筋です。主位的請求だけが上に移って、予備的請求が下に残ると、控訴審が主位的請求を退けたときに、受け皿がなくなります。

あてはめ：予備的請求の移審

事実	拾う	評価	当てる
ア 併合の形	主位的請求と予備的請求を予備的併合で提訴	一個の判決で判断された併合請求	上訴不可分が及ぶ
イ 一審とYの控訴	主位的請求を全部認容。予備的請求は判断せず。Yが控訴	控訴で判決の確定が遮断される(民事訴訟法116条2項)	予備的請求も確定が遮断される
結論	予備的請求の移審	主位的請求と一緒に控訴審へ移る	移審する

図：あてはめ：予備的請求の移審

事実アとイに当てます。事実アで、2つの請求は予備的併合で立てられ、一個の判決で判断されます。事実イで、一審は主位的請求を全部認容して、予備的請求は判断しませんでした。Yが控訴しました。116条2項により、判決の確定は遮断されます。上訴不可分の原則で、確定遮断は予備的請求にも及びます。結論です。予備的請求は、主位的請求と一緒に、控訴審に移審します。

移審していても、審判してよいか

予備的請求は、一審の判断を経ていない
| 控訴審がいきなり審判すると、Yの審級の利益を害さないか

図：移審していても、審判してよいか

次の問題です。移審していても、予備的請求は、一審の判断を経ていません。それをいきなり控訴審が審判すると、審級の利益を害さないでしょうか。審級の利益とは、当事者が、第一審と控訴審の二回、審理を受ける利益のことです。

規範と答案の型 | 予備的請求の審判と審級の利益

【問題提起】 移審した予備的請求を、一審の判断を経ないまま控訴審が審判すると、審級の利益を害さないか。そこで、一審で判断されていない予備的請求の審判が問題となる。

【規範】 判例 | 予備的併合の場合、**第一審裁判所が主たる請求を認容したのみにて、予備的請求に対する判断をしなかつたときといえども、第二審裁判所において、主たる請求を排斥した上予備的請求につき判断をなし得る。**
通説 | 両請求は両立しない関係で、事実関係が共通するから、第一審で実質的に審理済みであり、審級の利益を害さない。

【あてはめ】 控訴審は、売買は取り消されたと考え、主位的請求を排斥する。そのうえで予備的請求を審判でき、予備的請求には理由がある。よって、原判決を取り消し、主位的請求を棄却し、本件ショベルの引渡しを命じる。

規範(最判昭33・10・14)

図：規範と答案の型 | 予備的請求の審判と審級の利益

規範は、判例の結論に、通説の理由づけを足して立てます。予備的併合の場合、第一審裁判所が主たる請求を認容しただけで、予備的請求に対する判断をしなかつたときでも、第二審裁判所は、主たる請求を排斥したうえ、予備的請求につき判断をなし得る。判決文は、主位的請求を主

たる請求と呼び、控訴審を第二審と呼びます。両請求は両立しない関係で、事実関係が共通するから、第一審で実質的に審理済みであり、審級の利益を害さない。次が、その判例です。

判例 最判昭33・10・14 民集12巻14号3091頁

最高裁判所判決（主たる請求のみを認容した第一審判決と、予備的請求の判断） いわゆる請求の予備的併合の場合、第一審裁判所が主たる請求を認容したるのみにて、予備的請求に対する判断をしなかつたときといえども、第二審裁判所において、主たる請求を排斥した上予備的請求につき判断をなし得るものと解すべきことは大審院判例の示す所であつて、……当裁判所は、この判例を変更する要を認めない。

予備的併合で、一審が主たる請求を認容しただけで予備的請求を判断しなかったときでも、二審は、主たる請求を排斥、つまり理由がないとして退けたうえ、予備的請求を判断してよい。最高裁は、そう解すべきだと言いました。大審院の判例を維持する、と言っています。注意があります。この判決が述べているのは、判断してよい、という結論です。審級の利益を害さないから、という理由は、述べていません。答案では、判例は結論、理由づけは自分の言葉で書きます。2つの請求は、売買が有効ならば代金、取り消されたならば引渡しで、両立しません。しかも、どちらも、売買に詐欺があったかどうかという、同じ事実関係を土台にしています。場面アでも、一審で、Yは詐欺を主張して争い、証拠を出しています。主位的請求の審理をとおして、予備的請求の土台も、実質的には審理されています。だから、控訴審が予備的請求を審判しても、Yは不意打ちを受けず、審級の利益は害されません。

2つの請求につながりがなく、一審で片方が実質的に審理されていない場合は、この理由づけが使えません。この理由づけは、事実関係が共通で、実質的に審理済みであることに支えられているからです。土台が欠ければ、Yは二回の審理を受けていない、という審級の利益の問題が、そのまま残ります。本件は、その土台がそろっています。もう1点、確認します。主位的請求の認容は、Yに960万円の支払を命じるものでした。予備的請求の認容は、本件ショベルの引渡しを命じるだけです。控訴審の変更は、Yの控訴の目的に沿う方向です。控訴した人を、控訴しなかったときより不利にする判決は、できません。これを不利益変更禁止といいます。ここでは、Yを不利にするわけではないので、不利益変更禁止の問題は生じません。これは、判例が述べたことではなく、答案の整理です。

あてはめ：予備的請求の審判			
事実	拾う	評価	当てる
ア 2つの請求	代金960万円の支払と 本件ショベルの引渡し。 両立しない	売買の詐欺の有無という 共通の事実関係。一審で争われ、 実質的に審理済み	審級の利益を 害さない
ウ 控訴審の 心証	売買は取り消された	主位的請求には理由がなく、 予備的請求には理由がある	主位的請求を 排斥して予備的請求 を審判できる
結論	Yだけの控訴	Yに軽くなる変更。 不利益変更禁止の問題は 生じない	予備的請求を 認容できる

図：あてはめ：予備的請求の審判

あてはめます。事実アで、2つの請求は両立せず、売買に詐欺があったかどうかという共通の事実関係に立っています。一審で争われているので、実質的に審理済みで、審級の利益は害されません。事実ウで、控訴審は、売買は取り消された、と考えます。主位的請求には理由がありません。主位的請求を排斥します。そのうえで、予備的請求を審判できて、予備的請求には理由があります。Yの控訴に対して、Yに軽くなる変更なので、不利益変更禁止の問題も生じません。

条文 民事訴訟法305条

民事訴訟法305条（第一審判決が不当な場合の取消し）
控訴裁判所は、第一審判決を不当とするときは、これを取り消さなければならない。

主文を組み立てます。305条です。控訴裁判所は、第一審判決を不当とするときは、これを取り消さなければなりません。控訴審は、一審の主位的請求の認容を不当と考えています。したがって、原判決を取り消さなければなりません。原判決を取り消したあと、主位的請求は理由がないので棄却します。そして、予備的請求は理由があるので、本件ショベルの引渡しを命じます。場面アの主文は、こうなります。原判決を取り消す。Xの主位的請求を棄却する。Yは、Xに対し、本件ショベルを引き渡せ。移審していて、審判してよいから、できることです。

場面イ：被告だけが控訴した

一審：主位的請求棄却・予備的請求認容

|Yだけが控訴。Xは控訴も附帯控訴もしていない

図：場面イ：被告だけが控訴した

場面イに入る前に、復習です。控訴審が第一審判決を取り消したり変更したりできる範囲は、何で決まるのでしょうか？304条の、不服申立ての限度です。この範囲の考え方が、場面イで効いてきます。場面イでは、一審は、主位的請求を棄却して、予備的請求を認容しました。控訴したのはYだけです。主位的請求の棄却に不服を言う人は、いません。Xが控訴も附帯控訴もしていないからです。Yだけが控訴したとき、主位的請求は移審しているでしょうか。審判の対象になっているのでしょうか？

移審と審判の対象は別

論点	答え	根拠
移審	する	上訴不可分(116条2項から説明)
審判の対象	次の規範で決める	不服申立ての限度 (民事訴訟法304条)

- ここで争いになるのは、審判の対象

図：移審と審判の対象は別

移審は、します。主位的請求も予備的請求も、一審で判断されています。Yの控訴で、確定が遮断されて、両方が移審します。上訴不可分の原則のとおりで、ここに争いはありません。控訴したのが一方の当事者だけでも、移審は全請求に及びます。争いになるのは、その先です。移審した主位的請求は、控訴審の審判の対象になっているのでしょうか。移審と審判の対象は別です。ここで、304条の不服申立ての限度が効いてきます。

規範と答案の型 | 被告のみ控訴したときの主位的請求

【問題提起】 主位的請求を棄却し予備的請求を認容した判決に、被告だけが控訴した。主位的請求は審判の対象になるか。そこで、被告のみが控訴したときの主位的請求の扱いが問題となる。

【規範】 判例 | **主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の可否は控訴審の審判の対象となるものではない。**

【あてはめ】 Yだけが控訴し、Xは控訴も附帯控訴もしていない。主位的請求は審判の対象にならず、控訴審は売買が有効と考えても、主位的請求を認容できない。よって、主位的請求の可否は審判の対象にならない。

規範(最判昭58・3・22)

図：規範と答案の型 | 被告のみ控訴したときの主位的請求

規範は、最高裁の判決で立てます。主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の可否は、控訴審の審判の対象となるものではない。次が、その判決です。

判例 最判昭58・3・22 集民138号315頁

最高裁判所判決（主位的請求棄却・予備的請求認容判決に、被告のみが控訴した事件） 主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の可否は控訴審の審判の対象となるものではないと解するのが相当であるから、これと同旨の見解を前提とする原判決は正当であり、

判決が述べたのは、審判の対象とならない、ということまでです。予備的請求を認容した部分を取り消すとか、原告が全面敗訴になるとかは、判決の言葉ではありません。この先は、条文と、この判決を組み合わせで導きます。理由づけは、判例を支持する多数説で補います。控訴審でも、何を審理して判断するかは、当事者の不服申立てが決めます。処分権主義が、控訴審に現れたものです。246条の、申し立てていないことは判決できない、という発想と同じです。Xは、主位的請求の棄却に、不服を申し立てていません。ですから、棄却が当たっているかどうかを、控訴審が見直すことは、できないのです。再採点の例で言えば、再採点を頼んでいない問題の点を、上げることはできない、ということです。もう1つ、条文からの裏付けがあります。主位的請求を認容すれば、控訴したYを、控訴しなかったときより不利にします。Yは960万円の支払を命じられるからです。304条は、不服申立ての限度でしか、取消しも変更もできない、と定めています。控訴した人を、控訴しなかったときより不利にすることは、この限度を超えます。場面Aで名前を出した、不利益変更禁止です。

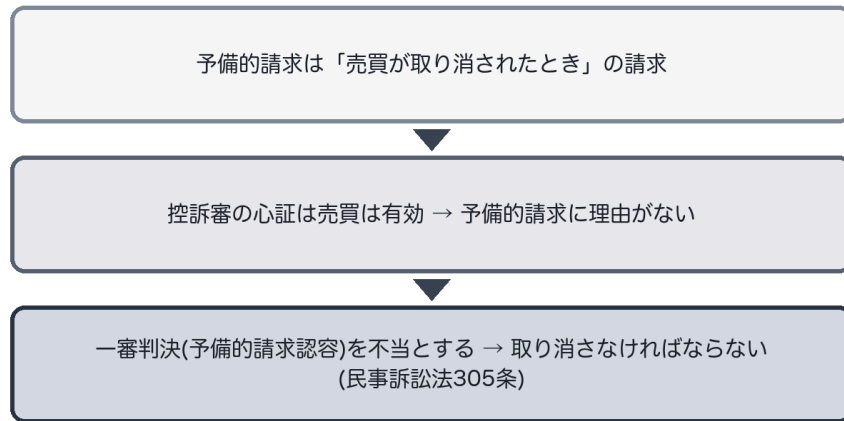
あてはめ：主位的請求は審判の対象か

事実	拾う	評価	当てる
工 一審と控訴	主位的請求棄却・予備的請求認容。Yだけ控訴。Xは控訴も附帯控訴もしていない	主位的請求の棄却に不服を申し立てた者がいない	規範の場面に当たる
移審	Yの控訴	上訴不可分で、主位的請求も移審する	移審はする(争いなし)
結論	主位的請求	審判の対象にならない	控訴審は、主位的請求を認容できない

図：あてはめ：主位的請求は審判の対象か

あてはめます。事実工で、一審は主位的請求を棄却し予備的請求を認容し、Yだけが控訴しました。Xは、控訴も附帯控訴もしていません。この事実、いま見た規範がそのまま当てはまる場面です。移審はします。けれども、主位的請求は審判の対象になりません。事実オで、控訴審は、売買は有効で代金債権がある、と考えています。それでも、主位的請求を認容する判決はできません。Xの不服申立てがなく、認容すれば、Yを不利益に変更することにもなるからです。

主文の導出：予備的請求はどうか



図：主文の導出：予備的請求はどうか

主文を導きます。Xの予備的請求は、売買が取り消されたときの請求です。控訴審は、売買は有効だと考えています。有効なら、本件ショベルはYのものです。引渡しを求める理由が、ありません。予備的請求には理由がありません。一審判決は、予備的請求を認容していました。控訴審は、これを不当と考えます。305条により、取り消さなければなりません。これは、Yの不服申立ての範囲内の変更です。Yが不服を言っているのは、予備的請求の認容の部分だからです。304条にも反しません。主位的請求の棄却は、審判の対象になっていないので、一審のまま残ります。場面イの主文は、こうなります。原判決のうち、予備的請求を認容した部分を取り消す。Xの予備的請求を棄却する。

結果の対比：一審と控訴審の主文

請求	一審の主文	控訴審の主文
主位的請求(代金960万円)	棄却	棄却のまま(審判の対象外)
予備的請求 (本件ショベルの引渡し)	認容	認容した部分を取り消し、棄却
Xの結果	一部勝訴	全面敗訴

- Yだけが控訴したのに、Xは全面敗訴になる

図：結果の対比：一審と控訴審の主文

結果を並べます。一審で、Xは予備的請求を認容されています。控訴審では、主位的請求は棄却のまま、予備的請求も棄却されます。Xは、主位的請求も予備的請求も認められない、全面敗訴になります。控訴したのがYだけでも、Xは全面敗訴になります。控訴審は、代金債権があると考えていても、主位的請求を認容できません。

条文 民事訴訟法293条1項

民事訴訟法293条1項（附帯控訴）

被控訴人は、控訴権が消滅した後であっても、口頭弁論の終結に至るまで、**附帯控訴**をすることができる。

Xには、これを避ける手段がありました。293条1項、附帯控訴です。被控訴人は、控訴権が消滅した後であっても、口頭弁論の終結に至るまで、附帯控訴をすることができます。附帯控訴というのは、相手が起こした控訴の手續に乗って、控訴された側も、原判決を自分に有利に変えてほしいと求めることです。Xが、主位的請求の棄却に不服を持ち込んで附帯控訴をしていれば、主位的請求が審判の対象に入ります。そうすれば、控訴審は、売買は有効で代金債権がある、という心証のとおり、主位的請求を認容できます。これが可能なのは、上訴不可分の原則で、主位的請求の部分もまだ確定せず、上に移っているからです。上に移ることと、審判してもらうことは別で、審判してもらうには、自分で不服を申し立てる必要があります。

対比：附帯控訴の有無

場合	主位的請求は	控訴審の主文	Xの結果
附帯控訴なし (場面イ)	審判の対象外	予備的請求の認容部分を取り消し、予備的請求を棄却	全面敗訴
附帯控訴あり	審判の対象に入る	原判決を取り消し、主位的請求を認容	代金960万円が認められる

- 分かれ目＝Xが不服を申し立てたか(民事訴訟法293条1項)

図：対比：附帯控訴の有無

対比します。附帯控訴がない場面イは、全面敗訴です。附帯控訴があれば、主位的請求が審判の対象に入るので、控訴審は、原判決を取り消して主位的請求を認容できます。Xの不服の申立てがあるかどうか、分かれ目です。Xが自分で動かなければならない点は、確かに負担に見えます。ただ、Xにとって主位的請求は本命です。その棄却に不服があるなら、持ち込む機会は、附帯控訴で足ります。口頭弁論の終結まで使えるので、Xに過大な負担ではありません。では、裁判所のほうから、附帯控訴をしてはどうかと、Xに促してはくれないのでしょうか。裁判所が当事者に働きかけて、申立てや主張を補うよう促すことを、釈明といいます。さきほどの判決は、引用した部分のあとで、釈明にも触れています。そこで述べているのは、その事件では、控訴審が附帯控訴を促す釈明をしなかったことも、その訴訟の経過に照らして違法ではない、ということまでです。裁判所に一般に釈明義務がない、とまでは言っていない。

5 まとめ

論文の骨格

第1 場面ア

1 問題の所在

控訴審が予備的請求を認容するには、予備的請求が移審していること、及び、第一審で判断されていない予備的請求の審判が審級の利益との関係で許されることが必要であり、それぞれ問題となる。

2 移審

- (1) 一審で判断されていない予備的請求が移審するかが問題となる。
- (2) 数個の請求を併合して一個の判決で判断した場合、一部の請求についてだけ控訴があっても、確定遮断と移審は併合審判を受けた全請求に及ぶ(上訴不可分の原則)。予備的併合で主位的請求を認容した判決に控訴があったときも、予備的請求は控訴審に移審する。
- (3) Yが主位的請求を認容した判決に控訴したから、主位的請求と併合された予備的請求も、確定が遮断され、控訴審に移審する(民事訴訟法116条2項)。
- (4) よって、予備的請求は控訴審に移審する。

図：完成答案：第1 場面ア

こちらが完成答案です。

第1 場面ア(続き)

13 審判の可否

- (1) 移審した予備的請求を、一審の判断を経ないまま審判することが、審級の利益を害さないかが問題となる。
- (2) 予備的併合の場合、第一審裁判所が主たる請求を認容しただけで予備的請求に対する判断をしなかったときでも、第二審裁判所は、主たる請求を排斥した上予備的請求につき判断をなし得る(最判昭和33・10・14)。両請求は両立しない関係で事実関係が共通し、第一審で実質的に審理済みであるから、審級の利益を害さない。
- (3) 控訴審は、売買は取り消されたと考え、主位的請求を排斥する。両請求は両立せず、詐欺の有無という事実関係が共通で、一審で争われている。審級の利益を害さず、Yに軽くなる変更であるから、不利益変更禁止の問題も生じない。
- (4) よって、控訴審は予備的請求を審判できる。

14 結論

控訴審は、第一審判決を不当とするから、これを取り消さなければならない(民事訴訟法305条)。原判決を取り消し、Xの主位的請求を棄却し、Yに本件ショベルの引渡しを命じる。

図：完成答案：第1 場面ア(審判の可否・結論)

続きです。審判の可否と、場面アの結論を並べています。

第2 場面イ

11 問題の所在

一審は主位的請求を棄却し予備的請求を認容した。Yだけが控訴した場合に、主位的請求は審判の対象になるか(民事訴訟法304条)が問題となる。

12 移審

上訴不可分の原則により、Yの控訴で主位的請求も予備的請求も移審する(民事訴訟法116条2項)。

13 審判の対象

- (1) 被告だけが控訴したとき、移審した主位的請求が審判の対象になるかが問題となる。
- (2) 主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の当否は控訴審の審判の対象となるものではない(最判昭和58・3・22)。控訴審の審判の範囲は当事者の不服申立てによって決まるからである。
- (3) Yだけが控訴し、Xは控訴も附帯控訴もしていない。主位的請求の棄却に不服を申し立てた者がいないから、上記の場合に当たる。
- (4) よって、主位的請求は審判の対象にならず、控訴審は売買が有効と考えても、主位的請求を認容できない。

図：完成答案：第2 場面イ(審判の対象)

場面イです。問題の所在から、審判の対象までを並べています。

第2 場面イ(続き)

14 主文

予備的請求は、売買が取り消されたときの請求であり、控訴審は売買が有効と考えるから、予備的請求に理由はない。第一審判決は予備的請求を認容しており、これを不当とするから、取り消さなければならない(民事訴訟法305条)。これはYの不服申立ての限度内の変更である(民事訴訟法304条)。よって、原判決のうち予備的請求を認容した部分を取り消し、Xの予備的請求を棄却する。主位的請求の棄却は第一審のまま残る。

15 補足

Xは主位的請求も予備的請求も認められず、全面敗訴となる。Xは、附帯控訴(民事訴訟法293条1項)をして主位的請求を審判の対象に入れることで、これを避けることができた。

図：完成答案：第2 場面イ(主文・補足)

最後です。主文と補足を並べています。