

〈判例研究〉

『訴訟上の和解成立による訴訟終了宣言判決と不利益変更禁止の原則』

〔建物収去土地明渡請求事件、最高裁判所平成二六年（受）第二一四六号、平成二七年
一月三〇日第一小法廷判決、裁判所時報一六四一号三頁〕

清水 宏

【判旨】

訴訟上の和解が成立したことによって訴訟が終了したことを宣言する第一審判決に対し、被告のみが控訴した場合、控訴審が第一審判決を取り消した上、原告の請求の一部を認容する本案判決をすることは、不利益変更禁止の原則に違反して許されない。

【事実】

訴外Aは、その所有する甲建物の一室を、期間を平成二一年九月一日から平成二三年八月三一日まで、Y（原告・控訴人・上告人）に月額三三〇〇〇円で賃貸していた。

ところで、Aは平成一六年に成年後見の指定を受け、弁護士であるBがその成年後見人となっていた。そして、

甲建物の清掃等の管理はAの知人である訴外Cが行っていた。

甲建物は築五〇年以上で老朽化が著しく、半数の貸室で借り手がつかない状況であり、放火や不法侵入のおそれもあったため、Bは、Aが介護施設に入居して落ち着いたのをきっかけに建物を処分することとし、各賃借人につき賃貸借契約期間が満了するに際して、賃貸借契約を更新せずに明渡しを受け、平成二三年六月には賃借人はYのみとなっていた。

こうした状況のもと、Bは、Cを通じて、平成二三年九月一日、Yに対し、平成二三年八月末の本件貸室の更新時期には本件賃貸借契約を更新しない旨の通知をし、その後も平成二三年二月末日までの間にその旨を複数回にわたって伝えてきた。

これに対してYは明渡しを拒むとともに、仮に明け渡すとすれば立退料三四〇万円を支払えと主張し、複数回の上記更新拒絶の通知を受けても一切の譲歩をしなかった。Bは、平成二三年八月一九日、重ねて本件貸室の明渡しを求めるとともに、改めて本件賃貸借契約を更新しない旨通知した。こうした交渉にもかかわらず、本件貸室の賃貸借契約期間が満了する平成二三年八月末日までXから本件貸室の明渡しの了解を得ることができず、同年九月末には訴訟提起の予告も行うなどしていたところ、その後明渡し交渉の継続中であった平成二三年一〇月一九日、Aは死亡し、X（原告・被控訴人・被告告人）が甲建物の所有権および賃貸人の地位を相続した。

その後、BはXの代理人として、平成二四年二月一六日ころ、Yに対し、仮に立退料を支払うとすれば、賃料の一年分に相当する三八万四〇〇〇円が限度であると伝えたが、Yの了承を得られなかった。

そこで、平成二四年四月七日、Xは、Yを被告として、甲建物の所有権に基づく貸室の明渡し、および、明渡しに至るまでの賃料相当損害金の支払いを求めて、東京地方裁判所に訴えを提起した。なお、Bは本件におけるXの

訴訟代理人に選任された。

第一審では、二回の口頭弁論を行い、その後、四回の和解期日を経た上で和解を打ち切り、事件を弁論準備手続に付し、三回の弁論準備手続を行って、証人およびY本人の尋問を行うべく第三回口頭弁論期日を指定した。その後、裁判官の交代があった。

Xは第三回口頭弁論期日に出頭したものの、Yの本人尋問には応じられないと主張したため、裁判所は改めて和解を勧告し、第一審裁判官が長時間にわたりYから事情を聴取した結果、平成二五年五月八日の和解期日において、以下の要旨のような合意事項を読み上げた上で、訴訟上の和解が成立した。

・和解要旨

- ① XとYとは、本件賃貸借契約を合意解除することとし、Yは、平成二五年一〇月三十一日限りで貸室を明け渡す。
- ② Xは、立退料二二〇万円を支払い、敷金六万四〇〇〇円を返還するほか、平成二五年四月一日から同年一〇月三十一日までの賃料ないし賃料相当損害金の支払義務を免除する。
- ③ Xは、立退料のうち七〇万円を、平成二五年五月末日限りで、Yの指定する預金・貯金口座に振り込む方法で支払い、その余の立退料および敷金返還金の支払方法も同様とする。

その後、Yは、平成二五年五月一日に裁判所にファクス文書を送付し、平成二五年五月二一日までに口座番号等をファクス送信の方法で連絡する旨、および、本件和解中の立退料の内金七〇万円の支払期限を平成二五年六月末日に変更してもらってもよい旨を表明した。

ところが、Yは、同月二一日、裁判所に、本件和解に異議があるので書類を提出する旨、および、口座番号等については裁判所の判断を得た上で連絡する旨のファクス文書を送付した。さらに、Yは、翌二二日に、本件和解が

裁判所の強要によるものであり、錯誤があったことを理由として本件和解の無効を主張して、期日指定申立書を提出するとともに、裁判官の忌避を申し立てた。

なお、Yは、和解成立後の平成二五年一〇月二四日に、本件に関して初めて訴訟代理人Cを選任したところ、CとBとは、平成二五年一〇月二五日、訴訟外で本件和解が有効に成立したことを相互に確認する旨の合意書を作成した。しかしながら、Yは上記期日指定申立てを撤回しなかったため、Yの主張につき審理するために期日が開かれた。

第一審（東京地判平成二五年一月二九日判時二二七二号四八頁）は、「…本件和解は、平成二四年中の四回の和解期日を含め、XとYとの間の長期間の断続的な交渉を踏まえ成立したものであり、Yに、和解に対する態度を検討する時間がなかったとは考えられない上、Yは、期日指定の申立てに先立ち、本件和解成立の一週間後に送付した本件連絡文書においても、本件和解に異議があるなどの主張は一切しておらず、そればかりか、本件和解の条項の一部を変更してもらってよい旨表明しており、Yが、本件和解の条項を十分に理解していることが窺われるところ、このことは、本件和解成立時に、Yの主張する上記事情が存在しなかったことを示すといふべきである」として、本件訴訟は、平成二五年五月八日訴訟上の和解が成立したことにより終了した旨を宣言する判決を言い渡した。

したがって、Yの主張は、採用できず、本件が、平成二五年五月八日訴訟上の和解が成立したことにより終了していることは、明らかである。」

これに対して、Yは本件和解が無効であると主張して控訴した。なお、Xは控訴も附帯控訴もしなかった。控訴審（東京高判平成二六年七月一七日判時二二七二号四二頁）は、原判決を取り消し、①和解期日における和解が無効で

あることを確認すること、②Yは、Xから四〇万円の支払を受けるのと引き換えに、Xに対し、別紙物件目録記載の建物を明け渡すべきこと、Yは、Xに対し、平成二五年四月一日から前項の建物の明渡済みまで一か月三万二〇〇〇円の割合による金員を支払うべきこと、を命じる判決を言い渡した。

その判決理由では、「…Yは、本件和解期日の当日を別として、本件訴訟前に本件貸室の明渡請求を受けた平成二二年九月から、当審における口頭弁論終結日である平成二六年五月一三日までの間、一貫して三四〇万円の立退料の支払を求める旨主張しており、これを譲歩したことは、本件和解期日でのやり取りを除いて一度もない。特に、前任裁判官がYに対し、四回の和解期日において和解の勧奨をしたにもかかわらず、和解が成立していないものである。後に述べるとおり、Yの立退料の請求は、およそ考慮するに値しない高額なものであるが、Yが一貫してそのような主張をしてきたことは、疑いのないところである。このように一切譲歩の姿勢を見せないYが、仮に和解期日において、三四〇万円より減額した金額で明け渡すことを承諾したかのような言葉を発したとしても、Yの上記姿勢を考慮すれば、本件はそれがYの真意に出たものであるかどうかについての確認に慎重を期すべき事案であり、些かでも疑問がある場合には、担当裁判官としては、和解を不成立とし、本来の訴訟進行に戻って判決をすべきものである。

このような観点から上記認定事実をみると、本件和解期日における原審裁判官とYとのやり取りは、そのほとんどが和解室での両名だけの会話であったものであり、和解期日の終了に際して書記官及び双方当事人が立会いの上で原審裁判官が読み上げたと推認される和解条項の内容を見ても、それがYの真意に基づいたものであることが明白であるといえるほどに単純なものではなく、Yが本件和解期日後に和解の成立を前提とする行動をとった事実もない。Yは本件和解期日後に裁判所あてに、「口座番号等につきましては、二一日(火)までにFAXをお送りし

ます」との事務連絡文書を提出しているが、結果としてその期日までに口座番号の連絡はなかったものであり、この書面の送付をもって、本件和解が有効に成立したことを前提とする行動とみることはできない。そして、このほかに、本件和解条項がYの真意に出たものであることを認めるに足りる証拠はないから、本件和解は無効であるといわざるを得ない。

…Yは、本件和解の無効を主張して以降、弁護士を選任して訴訟を進行しており、Y代理人は、X代理人との間で、本件和解が有効に成立したことを相互に確認する旨の合意書を作成し、Yは、当該合意書の内容に従う旨を述べているようにも読める陳述書を作成している。これらの合意書及び陳述書をどう評価するかであるが、…Y代理人としては、Yが二〇〇万円の立退料の支払を受けるという内容の本件和解は、法律家の観点からすれば、Yに著しく有利であるものと容易に認識し得たものと推認される。したがって、Y代理人が本件和解の有効性を認めるようYを説得することは、弁護士である代理人として合理的な行動であるといえる。上記の合意書の記載は、その趣旨で理解することができる。また、上記陳述書の内容は、やや明瞭さを欠くものの、上記合意書がYの依頼した代理人の関与の下に作成されたものであって、Yはそれに従う立場にあるが、Yとしては、あくまで和解成立に異議があり、和解無効の判断をしてもらいたいとの趣旨を述べるものであるといえる。したがって、上記の合意書の内容や陳述書の記載内容が本件和解の有効性を裏付けるものといえることはできない。

本件和解は上記のとおり無効であるから、次に、被控訴人のYに対する請求について判断すべきことになるが、…原審での手続経過に照らすと、当事者の攻撃防御は尽くされており、本件について、これ以上審理する必要はないものと認められるから、Xの請求につき、当審で自判することとする。

…XのYに対する本件貸室の明渡請求は、Yが被控訴人から立退料四〇万円の支払を受けるのと引き換えに明け

渡すよう求める限度で理由があるものというべきである。

…Yは、Xに対し、平成二五年四月一日以降、本件貸室の明渡済みまで月額三万二〇〇〇円の割合による賃料相当損害金の支払を求める限度で理由がある。」

この原審判決をYが不服とし、和解による訴訟終了判決である第一審判決に対し、被告のみが控訴し原告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が第一審判決を取り消した上原告の請求の一部を認容する本案判決をすることは、不利益変更禁止の原則に違反して許されないととして、上告受理申し立てを行い、当該申し立てが受理された。

【判旨…破棄自判】

「…訴訟上の和解が成立したことによって訴訟が終了したことを宣言する終局判決…は、訴訟が終了したことを既判力をもって確定する訴訟判決であるから、これと比較すると、原告の請求の一部を認容する本案判決は、当該和解の内容にかかわらず、形式的には被告にとつてより不利益であると解される。したがって、和解による訴訟終了判決である第一審判決に対し、被告のみが控訴し原告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が第一審判決を取り消した上原告の請求の一部を認容する本案判決をすることは、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る。」

そして、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、第一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。

これを本件についてみると、和解による訴訟終了判決である第一審判決に対しては、第一審被告である上告人のみが控訴しているのであるから、第一審判決を取り消して第一審原告である被上告人の請求の一部を認容することは、不利益変更禁止の原則に違反して許されず、原審としては、仮に本件和解が無効であり、かつ、被上告人の請求の一部に理由があると認めたとしても、第一審に差し戻すことなく自判する限りは、上告人の控訴の全部を棄却するほかなかったというべきである。それにもかかわらず、原判決は、第一審判決を取り消し、上告人に対し、四〇万円の支払を受けるのと引換えに本件貸室を明け渡すべきこと及び賃料相当損害金を支払うべきことを命じた上で、被上告人のその余の請求をいずれも棄却したのである。このような原判決の処理には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

【評釈】

判旨に反対である。以下、前提知識を整理した上で、理由を述べる。

I 訴訟上の和解とその無効の主張方法

一 訴訟係属中に和解が成立し、当該和解内容が和解調書に記載されると、確定判決と同一の効力が生じる（民事訴訟法二六七条）。この「確定判決と同一の効力」に執行力が含まれることについては争いのないところ、既判力が含まれるかについては議論がある。¹⁾

この点、和解は本案判決の代用物であり、二六七条にいう「確定判決と同一の効力」には既判力も当然に含まれ

るとし、和解の意思表示に瑕疵がある場合には再審の訴えに準じる訴えにより、取消をするべきであるとする見解（既判力肯定説）や、和解は両当事者の意思に基づく訴訟終了行為であるから、既判力は認める必要はないとする見解（既判力否定説）もあるが、実務においては、既判力を肯定しつつ、和解の意思表示に実体法上の瑕疵がある場合には、訴訟上の和解の無効主張を認めるとする見解（制限的既判力肯定説）が採用されている⁽²⁾。

これを前提として、さらに、訴訟上の和解が無効であることを主張する方法に関しては、訴訟上の和解が無効であるならば、訴訟は終了してはいないはずであるから、訴訟が進行されるべきであり、期日指定の申立てによるべきとする見解（期日指定申立て説⁽³⁾）、訴訟上の和解の効力をめぐる争いは、和解が行われた訴訟とは別の紛争であり、和解無効確認の訴え、ないし、請求異議の訴えによるべきであるとする見解（別訴提起説⁽⁴⁾）があるところ、実務においては、和解締結過程やその内容、和解の効力をめぐる争い、またはいずれの当事者が救済を求めているかは、事件によって多様であり、救済手段を限定すべきではないとして、期日指定および別訴提起のいずれも許容している⁽⁵⁾。

本件は、期日指定申立ての方法により、訴訟上の和解の無効主張が行われた事件である。

二 和解の無効を主張する当事者から裁判所に対して期日指定申立てがなされた場合、裁判所は従前の訴訟手続を続行することになる⁽⁶⁾。

ところで、この和解無効を理由とする期日指定の申立ては、訴訟係属を前提とする通常の期日指定申立てとは異なり、再審の訴えなどと同じく、一つの訴訟上の和解の瑕疵の主張方法であり、原訴訟の受訴裁判所に対する申立てで、和解が無効と認められれば、訴訟終了効が覆滅され、原訴訟が進行されるとの形成的効果を有するものと解されている⁽⁷⁾。というのは、原訴訟は一旦和解によって確定的に終了しているところ、和解に無効原因があるからと

いつても、その段階では手続上は和解の無効が明らかになつたわけではないため、理論上当然に訴訟係属がなお存続し、原訴訟が続行されるべきことになるわけではないからである。⁽⁸⁾したがって、期日指定の申立ての審理においては、まず、和解の有効性の点に限定して審理を行うべきものとされる。⁽⁹⁾

本件のように、被告から期日指定申立てがなされた場合には、期日の指定を申し立てるとともに、和解によつて訴訟が終了しなかつた旨の確認を申し出るか、単に期日の指定の申立てを和解によつて根拠づけることになる。これに対して、原告は訴訟終了宣言判決の申立てを行い、予備的に自己の旧申立てを提起することになる。⁽¹⁰⁾そして、それぞれの申立てについて、必要的口頭弁論の下で、主張および証拠についての審理が行われることになる。

裁判所は審理の結果、和解が有効であるとの結論に達した場合には、訴訟は終了しているものとして、訴訟終了宣言判決をする⁽¹²⁾ことになる。これに対して、無効原因が認められれば、和解が無効である旨の中間判決をするか、または、中間判決をしないで本案の審理に入り、旧訴の続行として訴訟物の存否についてさらに審理判断をする⁽¹³⁾こととなるものとされる。

Ⅱ いわゆる訴訟終了判決の法的性質

一 以上を前提として、さらに、本件におけるように、和解が有効に成立していることを理由としてなされる訴訟終了宣言判決の法的性質についても検討しておく。

上述のように、当事者から和解が無効であるとの主張がなされても、直ちに、旧訴が復活するわけではない。裁判所が、和解は無効であると判断して初めて、旧訴の訴訟物についての審理・裁判をすることができるとの二段階構造となっている。このことからすると、和解が無効であることは、旧訴の訴訟物について審理・判断するための

「前提条件をなすものといえる。このことから、「和解が無効であること」をもって一種の訴訟要件であるとみる見解もありうる。⁽¹⁴⁾さらに演繹すると、訴訟上の和解が有効に成立したことに基づく訴訟終了宣言判決は、和解無効という訴訟要件を欠くことを理由として旧申立てに關する本案の判断に入らないものとする訴訟判決であるとみることもできる。しかしながら、和解無効が訴訟要件であると見ることができるのは、訴訟上の和解が無効であることを前提として期日指定の申立てをする場合に限定されるのであり、この和解無効の主張方法としての期日指定申立てとそれに対する訴訟終了宣言という方法そのものが、上述のように言わば例外的な措置であることに鑑みれば、「和解が無効であること」を訴訟要件「的」なものとしてみることは格別、これを本来の意味での訴訟要件として取り扱うべきではないと解する。

また、本件最高裁判決は、第一審における訴訟上の和解が成立したことに基づく訴訟終了宣言判決を、訴訟が終了したことだけを既判力でもって確定する訴訟判決と解している。本件最高裁判決の理論的な構成は述べられていないが、確かに、訴訟終了宣言判決では、訴訟が終了したことを宣言することになるので、主文に含まれる判断に既判力が生じるとする民事訴訟法一一四条一項からすると、この点に既判力が生じるとする理解もできないわけではない。しかしながら、仮にこれが一般的な訴訟判決であるとするならば、訴訟判決の既判力が訴訟要件の欠缺に生じるとされることと整合性が取れないのではいかとの疑問がある。もちろん、本件最高裁判決が、訴訟終了宣言判決が本来的な訴訟判決ではないことを前提に判決のとらえ方を新たに考案したというのであればそれまでのことであるが、その点については、繰り返しになるが、理論的な説明はない。やはり当事者が期日指定を申し立てる趣旨は、あくまで訴訟上の和解が無効であるとの判断を求めていることであり、裁判所の審理・判断もこのことをめぐって行われるものである。そして、和解が有効に成立していることから、訴訟終了効が問題なく認められること

から、旧訴の続行はないことを明確にする意味で、訴訟の終了が宣言されているに過ぎないのである。そうであるならば、和解が有効に成立していることに基く訴訟終了宣言判決の対象は、形式的な「訴訟の終了」ではなく、「和解の有効性」であると解するべきである。

それでは、この判決の法的性質をどのように考えるべきであろうか。上述のように、和解が有効に成立していることを理由とする訴訟終了宣言判決は、和解に対する再審を期日指定申立てという枠を借りて行っているものであり、当該判決は、言わば再審事由の欠缺を理由とする再審棄却決定に類するものといえることができる。そして、訴訟上の和解が無効であるとの手続的判断を前提条件として、旧訴の本案審理に入るか否かを判断する手続において、当該条件を充たさないとの判断をするものである。このことから、繰り返しになるが、「和解が無効であること」は本来の意味における訴訟要件ではないと解する。また、和解が有効に成立していることを理由とする訴訟終了宣言判決も本来の意味における訴訟判決ではなく、ただ、訴訟判決「的」にとらえることができるに過ぎないものと解する⁽¹⁶⁾。したがって、この判決においては、訴訟上の和解の有効性、わけても訴訟終了効が生じていることが審理・判断の対象であって、和解が有効に成立したことに基く訴訟終了宣言判決は、まさに「和解が有効に成立したことを既判力をもって確定することで、その効力としての訴訟終了効の発生を明らかにし、もって和解の有効性をめぐる紛争を処理するものと解する。

二 なお、和解が有効に成立したことに基く訴訟終了宣言判決も終局判決であることから、この判決に対して当然に上訴をすることができるとされる⁽¹⁷⁾。本件では、和解による訴訟終了宣言判決に対して、被告が請求棄却を求めて控訴を行っている。この点、形式的には訴訟判決「的」な訴訟終了宣言判決に対して、請求棄却判決を求めていることから、控訴の利益は肯定されよう⁽¹⁸⁾。また、実質的にも、訴訟上の和解による原告の請求が結果として

一部認容された形になっていことから、その部分につき改めて棄却を求めるものと見ることができるとは、やはり控訴の利益を肯定することができよう。

Ⅲ 不利益変更禁止の原則

一 本件最高裁判決では、第一審の和解が有効に成立したことに基く訴訟終了宣言判決につき、当該判決を取り消したうえで、和解内容よりも立退料を減額し、また、明渡に至るまでの賃料相当損害金の支払いを命じる判決をしたことについて、不利益変更禁止原則に違反するものと判断している。そこで、以下では、この不利益変更禁止原則についても整理しておく。

民事訴訟法三〇四条では、控訴審に関して、「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」と定めている。このことから、控訴審は、不服を申し立てられている範囲を超えて裁判をすることが許されないこと（不利益変更禁止の原則）および、控訴審は、不服を申し立てられている範囲以下に原判決を変更することが許されないこと（利益変更禁止原則）の二つの原則が導かれるものと解されている。⁽¹⁹⁾

たとえば、前者によれば、請求の一部棄却の判決に対して、原告が控訴したのに対し、請求全部に理由のないことが分かっても、裁判所は控訴を棄却することができるだけで、請求全部を棄却することは許されないことになる。また、後者によれば、控訴人が第一審判決で敗訴した部分の一部について不服を申し立てているにすぎない場合、同一の理由で他の部分の敗訴の不当なことが明らかになっても、裁判所は他の部分の敗訴までを変更することはできないことになる。

二 この制度は、上告審および抗告審においても準用されており（民事訴訟法三二三条、三三二条）、このような保

障により敗訴者に安心感を与え、それにより、上訴の促進を図るものとも言われている⁽²⁰⁾。もっとも、その反面、結果として被上訴人に不利な帰結をもたらすこともあり、その理論的根拠が争われている⁽²¹⁾。

この点、当事者の申立ての裁判所に対する拘束力（申立拘束原則）を実質的な根拠とする見解（本質説）がある⁽²²⁾。この見解は、判決事項は申立事項に拘束される旨の二四六条の処分権主義は控訴審においても例外ではないとした上で、控訴審は続審であり、控訴または附帯控訴を通じて第一審判決の当否を判断するという構造であることから、二四六条とは別に三〇四条が置かれたとする。そしてこのことから、不利益変更禁止原則は、控訴審の審判範囲を画する機能を営むともされる⁽²³⁾。もっとも、この見解に対しては、第一審では、原告の請求について棄却を下回る判断がなされることはないが、このことを申立拘束原則で説明することはできないことを理由として、第一審における原告への申立てに対する裁判所の拘束と、上訴人の不服申立てへの拘束とをパラレルな問題として扱うのは適切でないとの批判がある⁽²⁴⁾。

これに対して、不利益変更禁止の原則は、控訴人が控訴することによってかえって不利益を受けてはならないという控訴制度の要請に基づくものであると解する見解もある⁽²⁵⁾。この見解は、不利益変更禁止原則を申立拘束原則と別個の概念として位置付け、その適用の有無は、上訴人の利益保護の必要性と当面するその他の訴訟原則上の諸要請との利益考慮によって判断されるとする。

さらに、不利益変更禁止の原則は、上訴人に不利な変更をすることが上訴人の意図に沿わない場合に上訴人を救済するための政策的制度であり、申立拘束原則とは別のものであるとする見解（政策説）⁽²⁶⁾もある。この見解は、規定の沿革によれば、ローマ法以来原判決を上訴人の不利益に変更しうる上訴共通の原則が採用されてきたのに対して、上訴共通原則を打破して上訴人を保護するべく不利益変更禁止原則が提唱され、不利益変更禁止原則を採用し

たドイツ帝国民事訴訟法の下で、申立拘束原則だけでは説明が困難な場合にも上訴人に不利益な変更が禁止されてきたものとする⁽²⁷⁾。そして、上訴審の審判範囲を確定するのは申立拘束原則であるのに対して、不利益変更禁止原則はその判決段階での微調整の手段として位置づけられるとする。もつとも、これらの見解に対しては、附帯上訴との関係で考えれば、上訴人は常に保護されるわけではないとの批判もある⁽²⁸⁾。

加えて、不利益変更禁止原則は、被上訴人の申立ての不存在に基づく拘束（不告不理の原則）の表れであるとする見解（被上訴人保護説）もある⁽²⁹⁾。この見解は、附帯上訴をしなかった被上訴人の意思に着目して、これを尊重すべきであるとする。また、沿革的にも、母法であるドイツ民事訴訟法の成立過程において、被上訴人の訴訟を処分する意思に着目したものとされるドイツのハノーファー草案五九三条が上訴人の申立ての拘束力に着目する北ドイツ草案八〇〇条に転換されていたものとされ、また、このハノーファー草案は日本の旧々民事訴訟法四二〇条のほか、四二五条にも影響を与えたとされることから、被上訴人の保護に根拠を求めるのが正当であるとする。もつとも、この見解に対しては、上訴共通の原則の採用されていない日本法の下で、不利益変更禁止の根拠を上訴も附帯上訴もしていない被上訴人の処分意思に求めることを前提を欠く議論であり妥当でないとの批判がある⁽³⁰⁾。また、この見解に対しては、本質説も被上訴人の処分意思の尊重は暗黙の前提としていたところがあるの指摘もある⁽³¹⁾。

これらのほか、現行民事訴訟法の解釈としては、申立拘束原則、（被上訴人の処分意思）、上訴人保護のいずれもが制度の根拠であるとする見解（多元説）も主張されている⁽³²⁾。この見解は、職権調査事項のような例外の存在が条文上認められることや、附帯上訴のようにこの原則を破る手続が用意されていることに鑑みれば、不利益変更禁止の原則については、申立拘束や処分意思への拘束について、処分権主義ほど強い貫徹の要請が採られているとは解されないことから、どちらかという政策的な面がより強いものと解する。

さて、これらの見解についてどう考えるかであるが、不利益変更禁止原則に関する規定の沿革に照らせば、政策説に一理あるものといえる。もつとも、不利益変更禁止原則には、上訴人の申立てや被上訴人の処分意思に上級審の審判範囲を拘束する機能があることも否定できない。したがって、いずれも理論的根拠とする多元説が妥当であると解する。

なお、議論の局面としては異なるかもしれないが、弁論主義に関して本来的弁論主義と機能的弁論主義とに分けて考察する議論⁽³³⁾のように、不利益変更禁止原則は、本来は上訴人保護という政策に基づくものであるが、その機能として処分意思への拘束による審判範囲の確定を行うものと分けて考えること、あるいは、裁判所は、処分意思の範囲で審判しなければならぬという行為規範の側面と、不利益変更禁止原則違反は政策的考慮により柔軟に判断するという評価規範の側面があるものと解する。

三 この不利益変更禁止の原則にいわゆる「不利益」を判断する場合に何を基準とするべきかという問題がある。この点については、当事者は、訴訟における判断を通じて法的な問題の解決を求めているところ、その不利益は、下級審の判断と上級審の判断を比較した結果、上訴によって当事者の法的地位が有利なものになっているか、不利なものになっているかで判断することになる。そうすると、結局のところ、「不利益」の判断に際しては、判決の効力を基準とするべきである⁽³⁴⁾。具体的には、原則として判決主文を基準としながら、例外的には判決理由中の判断の既判力等を参照しながら判断することになる。

四 こうした不利益変更禁止の原則の適用が問題となる場面は、請求の併合の場合、相殺の抗弁が提出されている場合などいくつかあるところ、本件では、第一審が訴訟判決「的」な訴訟終了宣言判決であることから、第一審が訴訟判決であった場合の処理に関する議論について整理しておく。

まず、第一審が訴えを却下する訴訟判決であるのに対して、控訴審で原判決を取り消すべきであるとの判断に至ったとき、裁判所は、事件を第一審裁判所に差し戻さなければならない（民事訴訟法三〇七条本文）。これは審級の利益に配慮したものである。ただし、事件につきさらに弁論をする必要ない場合、控訴審は請求認容の自判をすることができ（同法同条ただし書き）。これは、訴訟経済に着目したものである。

つぎに、このことを前提としつつも、第一審において訴えを却下する訴訟判決がなれ、これに対して敗訴した原告だけが控訴し、被告が控訴も附帯控訴もしていない場合で、控訴審で原判決を取り消して請求を棄却する本案判決をするべきであるとの判断に至ったときは、第一審への差し戻しをすることなく控訴を棄却するべきである、すなわち第一審の訴え却下判決を維持すべきであるとする見解がある。⁽³⁵⁾ この見解は、訴え却下の判決の既判力よりも、請求棄却の既判力の方が後訴を制約する点では強力であって原告には不利となるため、不利益変更禁止に反することを理由とする。この見解に対しては、当事者の不服は訴訟要件の欠缺について判断した第一審の判断に向けられているのであって、控訴審において訴訟要件が充足されているとの判断に至ったのであれば、控訴を棄却するのではなく、第一審に差し戻すべきであるとの批判がありうる。⁽³⁶⁾ また、原告による再訴の提起と、その中での請求棄却という事態を導くことになり、訴訟経済に反するとの批判もある。⁽³⁷⁾

また、第一審において訴え却下判決がなされた場合、本案に関する判断がなされていないことから原告は当該第一審判決によって保護されるべき地位を得ていないため、不利益変更禁止の原則の適用はないとの見解もある。⁽³⁸⁾ すなわち、この見解は、不利益変更禁止原則は、原判決が上訴人に与えた実体上の地位を上級審が奪うことを禁じるものであるに過ぎず、実体上の地位に影響を与えない訴訟判決を本案判決に変更することは同原則に反しないとす

るものである。そこで、控訴審は、原則として原判決を取り消して事件を第一審に差し戻すことになるが、審級の

利益が保証されるかぎりにおいて、請求棄却判決をすることができるとする。もつとも、この見解に対しては、不利益変更禁止の原則の対象を本案判決に限定する合理性があるかという点について疑問があると言わざるを得ない。上述のように、不利益変更禁止の原則の趣旨について多元説を前提とするならば、被告が訴え却下判決で満足し、請求の棄却まで求めていないという場合、被告にとっては保護されるべき地位を得ているものと解され、不利益変更禁止の原則を考慮する余地があるものと解すべきである。

ではどう考えるべきであろうか。第一審においてなされた訴えを不適法であるとして却下する判決が取り消されることによって、原告の本案に対する応答の必要性が生じることになる。そこで、第一審で実質的には本案の判断がなされていた場合には、請求棄却の本案判決をするべきである。⁽³⁹⁾ このように理解することによって、再訴の可能性を狭め、訴訟経済に資することになる。また、不利益変更禁止の原則の貫徹は、処分権主義のように絶対的な要件ではないことに鑑みれば、第一審で実質的に本案の判断がなされていると言いつても、司法の効率は訴訟経済の観点からの利益衡量の結果として請求棄却判決をすることができると解する。⁽⁴⁰⁾

IV 考察

以上に基づいて、本件最高裁判決の当否を検討する。

まず、本件最高裁判決が原審の判決を破棄するに至った理由としては、原告が控訴も附帯控訴してもいないのに、控訴審が原告の請求につき一部とはいえ認容する旨の判決をするのは、訴訟終了宣言よりも控訴人たる被告に不利である点とみることができると点にあると思われる。すなわち、本件にとって最も適切な解決は何かを考えることは別として、形式的には、訴訟判決よりも原告の一部認容判決の方が、控訴人に不利であることに鑑みたものであ

ると言えよう。したがって、最高裁としては、控訴を棄却するにとどめるべきであると判断したものであろう。

しかしながら、被告が、訴訟上の和解が有効に成立したことに基づく訴訟終了宣言判決に対して和解の無効を主張して控訴を提起し、請求棄却判決を求めており、控訴審は和解無効を認め、請求の一部につき棄却すべきであるとの判断に至っているにもかかわらず、原告が控訴も附帯控訴もしていない場合には、その旨の判断がまったくできないとするのは問題があると言わざるを得ない。もちろん、原告が附帯控訴をしていれば、こうした問題は生じなかったといえようが、被告の期日指定申立てに対して訴訟終了宣言判決がなされたことに鑑みれば、原告には不服の利益はないといえ、また、附帯控訴をするべき動機も乏しかったものと思われる。とすると、本件最高裁判決は、不利益変更禁止の原則としては当然の帰結であるにもかかわらず、いかにもしゃくし定規な処理をしているとの感を禁じ得ない。

こうしたことから、和解が無効であることを前提として原告の請求を一部認容すべきとする控訴審の判断を反映させるため、請求棄却判決を求める控訴を一部棄却する判断をすることも考えられないではない。この点につき本件最高裁判決は、「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」としてこれを否定しているものの、和解無効をどうとらえるかという点で議論がかみ合っていない感がある。

以上のように、本件最高裁判決は、不利益変更禁止の原則の適用に関しては従来判例の延長線上にあるように思われるが、不利益変更禁止の原則の根柢につき多元説を支持する私見によれば、請求の一部認容・一部棄却という可能性を認めるべきであったと解する。また、そもそも和解無効を理由とする控訴申立てに対して、和解が無効であることを前提としてなされた控訴審の判断につき、そもそも不利益変更禁止の原則の対象とすべきなのかとい

う点で疑問がある。そこで、こうしたことを前提としながら、敢えて不利益変更禁止の原則で処理することについて検討を重ねる。

繰り返しになるが、本件最高裁判決は、和解による訴訟終了判決を、和解によって終了したことを既判力でもって確定する訴訟判決としている。そして、和解が無効であるとして、請求の一部について認容する判断をすることは不利益変更に該当するとする。しかしながら上述のように、第一審が訴訟判決であるならば、民事訴訟法三〇七条の適用により、原則として第一審に差戻し、例外的に審級の利益を考慮する必要のない場合は自判がをすべきである。そして、控訴審の判断によれば、本件の第一審では、当事者尋問を残すだけという程度まで審理が進行していることに鑑みれば、請求について本案判決ができる程度まで審理がなされていると解され、控訴審はそれを前提として本案判決をしている。その文脈では、むしろ控訴審の判断は正当であるといえよう。

また、そもそも訴訟上の和解が有効に成立したことに基く訴訟終了宣言判決を単なる訴訟判決とみてよいのだろうかということについて、私見は上述のように否定的である。すなわち、この訴訟終了宣言判決は、訴訟上の和解の無効を主張する方法として期日指定の申立てを行う場合において、当該和解が有効であり、訴訟終了効が生じていると判断されるときに慣行として行われているものである。そして、この訴訟終了宣言判決が、いわゆる「簡易再審」的な構造を有するものであるとの理解を前提とすると、その判断の対象は、単なる訴訟要件の欠缺や、本件最高裁判決の言うように「訴訟が終了したこと」ではなく、「和解が無効ではないこと、言い換えれば、和解の有効性」であると解する。そこで、訴訟終了宣言判決の既判力もこの点に生じるものと解すべきであり、そうしたことを前提として、不利益変更禁止の原則の適用に際しては、第一審判決における和解の有効性に関する判断と控訴審判決を比較して「不利益」か否かを判断するべきであると解する。

そうすると、本件では、和解が無効ではないとした第一審判決に対して、被告が和解の無効を主張して控訴を申し立てており、和解が無効であると判断することについては、控訴を認容したものであって何ら不利益変更禁止の原則にふれるものではないと思われる。

また、その上で、立退料等について原告の請求を一部認めることは控訴認容判決に条件を付すものであり、第一審における和解内容に鑑みれば、被告としてはそうした判断を予想することが可能であったと思われることから、質的な意味での一部認容・一部棄却判決として適法であると解される。なお、本件控訴審判決が第一審における和解内容と比較して立退料を減額した点や賃料相当損害金の支払いを命じた点については、控訴人にとって第一審での和解内容よりも後退しており、不利益変更等に該当する疑いがないではないが、この点も上述のように、不利益変更禁止の原則の制度趣旨から申立てへの拘束は絶対的なものではないと解する私見によれば、そもそも第一審における和解内容に問題があったのであり、当該和解を無効とする以上、形式的な申立てと判断の関係よりも事件の妥当な解決を図るべきとの考慮⁽⁴⁾から、許容されてよいものと解される。

なお、本件最高裁判決が、原審が、和解無効を確認する旨の判決本文を言い渡した点について、当事者が申し立てていない事項について判決をした違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであるとしている点については正当である。すなわち、被告は和解が成立したことによって第一審が終了したことを宣言する判決に対して控訴を提起しているものの、その申立てに際しては、明示的に和解無効確認を求めていない。もちろん、原告も同様に附帯控訴を提起するなどして、和解の無効確認を申し立てていない。にもかかわらず、控訴審判決本文において和解の無効を確認する旨判示したのは、形式的ではあるが、処分権主義（民事訴訟法二四六条）に反するものといわざるを得ない。

IV 結論

以上により、本件最高裁判決の理論構成には問題があり、また、その結論にも賛成できない。むしろ、控訴審判決に違法はないものとして、上告を棄却するべきであったと解する。

以上

(1) 訴訟上の和解に既判力を認めるべきかという問題は、和解の合意に瑕疵が存在する場合に、どのような救済方法を認めるべきかという問題とともに議論されてきた。たとえば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上巻〔第二版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三年）七八一頁以下参照。

(2) たとえば、大決昭和六年四月二二日民集一〇卷三八〇頁。なお、下級審で和解無効を認めた近時のものとして、東京地判平成一八年一〇月一六日判例秘書搭載がある。

(3) 岩松三郎兼子一編『法律実務講座民事訴訟法編第三卷』（有斐閣、一九五九年）三五七頁以下、菊井維村松俊夫編『全訂民事訴訟法I補訂版』（日本評論社、一九九三年）一三三二頁、兼子一原著・松浦馨新堂幸司竹下守夫高橋宏志加藤新太郎上原敏夫高田裕成『条解民事訴訟法第二版』（弘文堂、二〇一二年）一四八二―一四八三頁（竹下守夫上原敏夫、秋山幹男伊藤眞加藤新太郎高田裕成福田剛久山本和彦コンメンタール民事訴訟法V（日本評論社、二〇一二年）三〇六頁、松本博之上野泰男『民事訴訟法〔第八版〕』（弘文堂、二〇一五年）五六八―五六九頁（上野泰男）など。

(4) 三ヶ月章『民事訴訟法（第三版）』（弘文堂、一九九二年）五三三頁、石川明『訴訟上の和解の研究』（慶應義塾大学法学研究会、一九六六年）一五四頁、鈴木正裕青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、一九九七年）四九二―四九四頁（山本克己）など。

(5) たとえば、期日指定申立てによることを認めたものとして、大決昭和六年四月二二日民集一〇卷三八〇頁、最判昭和三年六

- 月一四日民集一二巻九号一四九二頁など、別訴で請求異議訴訟によることを認めたものとして、大判昭和一四年八月一二日民集一八巻九〇三号、同じく別訴で和解無効確認訴訟によることを認めたものとして、大判大正一四年四月二四日民集四巻一九五頁などがある。この方法を支持する学説としては、新堂幸司『民事訴訟法第五版』（弘文堂、二〇一一年）三七五頁、上田徹一郎『民事訴訟法第七版』（法学書院、二〇一一年）四五四頁、高橋前掲注一・七八四―七八五頁、藤田耕三『後藤勇』訴訟上の和解の理論と実務（西神田編集室、一九八七年）四九七頁（藤原弘道）、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義』（有斐閣、二〇〇八年）四一二頁（河野正憲）、伊藤眞『民事訴訟法「第四版補訂版」』（有斐閣、二〇一四年）四五二―四五五頁などがある。
- (6) この申立てがなされた場合、裁判所は必ず期日を指定し、申立てについて審理しなければならないとされる。大決昭和六年四月二二日民集一〇巻三八三頁、大決昭和八年七月一日民集一二巻二〇四二頁など。岩松・兼子前掲注三・一五八頁参照。
- (7) 兼子原著前掲注三・一四八一頁（竹下・上原）、高橋前掲注一・七八二頁など。鈴木・青山編前掲注四・四九三頁（山本）は、法律が本来予定していない条文上の根拠を有しない申立てであるとする。さらに、藤田・後藤編前掲注五・四九二頁（藤原）は、この期日指定の申立てに基づく手続が再審事由の制限を外した再審手続としての実質を備えるものであることから、旧訴の手続とは切り離れた独立の手続構造をとることになる別訴の方法よりも、旧訴の手続の続行であるかのような形式を借りることによって、これとリンクした手続構造を探ることが手続の実態に適合したものであることから、判例がこうした手続を創設したものとみることができるとしている。
- (8) 兼子原著前掲注三・一四八一頁（竹下・上原）。
- (9) 鈴木・青山編前掲注四・四九三頁（山本）、藤田・後藤編前掲注五・四九二頁（藤原）。
- (10) 松本・上野前掲注三・五六九頁（上野）。
- (11) 兼子原著前掲注三・一四八三頁（竹下・上原）、秋山ほか編前掲注三・二六四頁。
- (12) 藤田・後藤編前掲注五・四九二頁（藤原）。この点、兼子一「訴取下無効の主張と期日指定の要否」同『判例民事訴訟法』（弘文堂、一九五〇年）三三三頁によれば、当事者からその訴訟続行の主張があった場合は、事件自体の係属の存在に関する事柄であるから、口頭弁論を経て判決を以て宣言すべきであり、また、訴訟係属の是非は他の訴訟との関係でも重複訴訟となるか否かの点

で問題となるため、判決の既判力で明確にしておくことが妥当であるとする。こうした訴訟終了宣言判決をした例として、東京高判昭和六一年二月二六日判タ六一二号一八頁などがある。

なお、ここでいう訴訟終了宣言は、ドイツ法上のそれとは概念的に異なるものである。ドイツ法上の訴訟終了宣言については、坂原正夫『民事訴訟法における訴訟終了宣言の研究』（慶應義塾大学出版会、二〇一〇年）一頁以下、石渡哲『訴訟終了宣言』三ヶ月章・青山善充編『民事訴訟法の争点（新版）』（有斐閣、一九八八年）三一四―三一五頁など参照。

(13) 藤田 後藤編前掲注五・四九二頁〔藤原〕。

(14) 松本 上野前掲注三・五六九頁〔上野〕は、原告が訴訟上の和解の無効を主張した場合において、審理の結果、裁判所が訴訟上の和解が有効に成立していることを認めるときは、権利保護の利益を欠くものとして、訴えを却下することを認めている。この文脈からは、和解が無効であることを、復活する旧訴における訴訟要件としてみているものとも評価できる。

(15) 秋山幹男 伊藤眞 加藤新太郎 高田裕成 福田剛久 山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ第二版』（日本評論社、二〇〇六年）四四二頁など。なお、松本 上野前掲注三・六七七頁〔松本博之〕は、本案の申立てが不合法であることについて既判力が生じるものとする。

(16) 一種の訴訟判決とみるものとして、高橋前掲注一・七八九頁注〔21〕。

(17) 岩松 兼子編前掲注三・一五九頁。

(18) 高田裕成 三木浩一 山本克己 山本和彦編『注釈民事訴訟法第五卷』（有斐閣、二〇一五年）四〇頁〔松村和徳〕によれば、訴え却下判決に対して、被告が請求棄却を求めて控訴する場合には、控訴の利益を肯定する見解が現在の多数説を形成している。この見解をとるものとして、たとえば、新堂前掲注五・八八五頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法下巻〔第二版補訂版〕』（有斐閣、二〇一四年）六〇〇頁、兼子原著前掲注三・一五三〇頁〔松浦馨 加藤新太郎〕、伊藤前掲注五・六八五頁などがある。

(19) 鈴木正裕 鈴木重勝編『注釈民事訴訟法第八卷』（有斐閣、一九九八年）一六五―一六九頁〔宇野聡〕、高橋前掲注一八・六二九頁、兼子原著前掲注三・一五八二―一五八三頁〔松浦 加藤〕、高田 三木 山本 山本編前掲注一八・一九五―一九六頁〔宮川聡〕など参照。

- (20) 松本Ⅱ上野前掲注三・八四四頁〔上野〕など。
- (21) 山本克己「不利益変更禁止の原則」三ヶ月章Ⅱ青山善允編『民事訴訟法の争点〔新版〕』（有斐閣、一九八八年）三二二頁。
- (22) 上野泰男『請求の予備的併合と上訴』名城法学三三巻四号一頁以下、秋山幹男Ⅱ伊藤眞Ⅱ加藤新太郎Ⅱ高田裕成Ⅱ福田剛久Ⅱ山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅵ』（日本評論社、二〇一四年）二二二頁など。従来の通説とされる。また、実務においても、たとえば、最判昭和三八年一〇月一五日民集一七巻九号二二〇頁や最判平成二年七月二〇日民集四四巻五号九七五頁などで、この見解に基づく判断がなされている。
- (23) 鈴木Ⅱ鈴木編前掲注一六六頁〔宇野〕参照。
- (24) 山本和彦『民事訴訟法の基本問題』（判例タイムズ社、二〇〇二年）二二二頁。
- (25) 斎藤秀夫Ⅱ小室直人Ⅱ西村宏一Ⅱ林屋礼二編『注解民事訴訟法（第二版）第九巻』（第一法規出版、一九九六年）二九一頁、奈良次郎『控訴審における審理の実際と問題点』小室直人Ⅱ小山昇先生還暦記念『裁判と上訴中巻』（有斐閣、一九八〇年）二二〇頁。
- (26) 宇野聡「不利益変更禁止の原則の機能と限界（一）」民商一〇三巻三号六五頁、同「二・完」民商一〇三巻四号七二頁、鈴木Ⅱ鈴木編前掲注一六六頁〔宇野〕、高橋前掲注一八・六三六頁注（39）など。
- (27) 鈴木Ⅱ鈴木編前掲注一六七―一六八頁〔宇野〕、高橋前掲注一八・六三六頁注（40）。
- (28) 山本前掲注二四・二二二頁。
- (29) 山本前掲注二四・二二二―二二三頁。
- (30) 松本博之「相殺の抗弁についての判断と不利益変更禁止の原則」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策上巻』（商事法務、二〇〇八年）七九八頁。
- (31) 高橋前掲注一八・六三六注（40）。
- (32) 加波真一「不利益変更禁止の原則」青山善允Ⅱ伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』（有斐閣、一九九八年）二九二頁。
- (33) 二羽和彦「弁論主義再考」民訴雑誌四八巻三三四頁参照。

- (34) 高橋前掲注一八・六三〇頁。
- (35) 最判昭和三七年二月一五日集民五八号六九五頁、最判昭和五八年三月三二日集民一三八号四四九頁など。通説と評価される。
- (36) 高田〓三木〓山本〓山本編前掲注一八・一九八頁〔宮川聡〕。
- (37) 高橋前掲注一八・六三四頁
- (38) 松本〓上野前掲注三・八四六頁〔松本〕、高田〓三木〓山本〓山本編前掲注一八・一九八―一九九頁〔宮川聡〕。
- (39) 高橋前掲注一八・六三四頁
- (40) 同上。
- (41) 非公式に伺ったところでは、本件はいわゆる接遇困難当事者の事案であったようである。このことは、第一審における和解依頼の当事者の対応からある程度推測できよう。そうであれば、一見強引にも見える控訴審の対応には、あながち理由がないわけではなかったものと思われる。