

Title	〔最高裁判事例研究二二〕 境界確定訴訟の控訴審と不利益変更禁止の原則 土地境界確認等請求事件 (昭和三八年一〇月一五日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira) 民事訴訟法研究会 (Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.5 (1965. 5) ,p.103- 107
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650515-0103

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判事例研究 二二二〕

昭三八二二(最高民集一七巻
九号一二〇頁)

境界確定訴訟の控訴審と不利益変更禁止の原則

土地境界確認等請求事件(昭三八・一〇・一五第三小法廷判決)
甲地所有者X(原告・控訴人・上诉人・反訴被告)はその隣地である乙地との境界線を(イ)(ロ)兩地点を直線で結ぶ線とし有利鉄線を張つた。乙地所有者Y(被告・被控訴人・被上诉人・反訴原告)は(イ)(ロ)は(ロ)より甲地寄り)を結ぶ線が境界線であるとして争つた。Xは(イ)(ロ)が境界線であるとして境界確定の訴を提起。これに対しYは(イ)(ロ)を境界線として主張し、かつ(イ)(ロ)上の有利鉄線の除去、Xがこれを張つて(イ)(ロ)の土地を占有し始めた時からYへの明渡の時まで一ヶ月金二、五〇〇円の割合による損害賠償の請求をした。第一審では境界線はY主張のごとく(イ)(ロ)であるとしYの反訴を認容した。X控訴。控訴審では境界線は(イ)(ロ)は(イ)よりさらに甲地寄り)であると認め、Yが第一審判決に対し附帯控訴をしていないから、(イ)(ロ)を境界線として確定することなく控訴を棄却した。X上告。これに対し上告審判決は以下のごとくである。

境界確定訴訟にあつては、裁判所は当事者の主張に羈束されることなく、自らその正当と認めるところに従つて境界線を定むべきものである。すなわち、客観的な境界を知り得た場合にはこれにより、客観的な境界を知り得ない場合には常識に訴え最も妥当な線を見出してこれを境界と定むべく、かくして定められた境界が当事者

の主張以上に実際上有利であるか不利であるかは問うべきではないのであり、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴一八六条の規定に違反するものではないのである(大審院大正一二年六月二日民事連合部判決、民集二巻三四五頁、同院昭和一年三月一〇日判決、民集一五巻六九五頁参照)。されば、第一審判決が一定の線を境界と定めたのに対し、これに不服のある当事者が控訴の申立をした場合においても、控訴裁判所が第一審判決の定めた境界線を正当でないと認めたときは、第一審判決を変更して、自己の正当とする線を境界と定むべきものであり、その結果が控訴人にとり実際上不利であり、附帯控訴をしない被控訴人に有利であつても問うところではなく、この場合には、いわゆる不利益変更禁止の原則の適用はないものと解するのが相当である。以上によれば、前記のように、原審が第一審判決と判断を異にし自ら本件兩地の境界を認定しながらも被上告人が不服を申立てていないから、第一審判決を被上告人に有利に変更しないとしているのは正当でなく、原判決中の前記部分は、この点においても破棄を免れない。」

判旨に反対。

一、本件のごとくXが境界線として(イ)(ロ)を主張しYが(イ)(ロ)を主張している場合、訴はそもそも純然たる境界確定の訴ではなく(イ)(ロ)を直線を結ぶ土地に対するXの所有権確認請求に予備的に境界確定

請求が併合されているとみるべきであろう。従来境界確定の訴の法的性質につき見解の一致がなかつたことにもよるが、その把握に所有権確認の要素が混入する場合が多く、境界確定訴訟という名目では実は係争地の所有権確認訴訟であることが多い。本件の場合もかかる場合の一つと考えることができよう。(境界確定訴訟の法的性質については、石川・判批・本誌三七卷四号一〇三頁以下、とくに一〇九頁)。この意味で本件の場合控訴審判決が不利益変更禁止の原則の適用を認めたのは、所有権確認請求の第一審判決の対象となつてゐるがゆえに結果的には正当である、と考える。したがつて本訴を境界確定訴訟と解し控訴審での不利益変更禁止の原則の適用を否定した本件上告審判決には賛成できない。

二、つぎに本件を離れて、(a)境界確定の訴における控訴につきその適法性の要件としての不利益判断の基準の問題、(b)さらに、境界確定訴訟の上訴審における不利益変更禁止の原則(八五条)の適用の有無の問題について検討してみたい。

(a)については場合をわけて考えてみよう。既述のごとく本件におけるように両当事者がそれぞれ相手方の土地寄りに境界線を主張している場合はむしろ両境界線にかこまれた部分の土地の所有権確認請求であるか、あるいは場合によつては境界確定請求がこれに予備的に併合されている場合であるからここでは取上げない。そこで以下の三つの場合を考えてみよう。(1)両当事者が境界線はもろろん境界線を引く範囲も限定しない場合。(2)両当事者が境界線をそれぞれ主張しないが、境界線を引く範囲を限定している場合(本件におけるは(イ)を主張し、被告Yが(ロ)を主張している場合(ロ)の土地所有権確認請求に予備的に(イ)の間で境界線の確定を求める請求が併合されているとみるべきである)。

(3)一方の当事者が一定の境界を主張し他方がこれを境界線として争うが別に境界を自ら主張しない場合。

このうち(1)の場合ほとんど現実には存在しないであろう。通常は本件におけるがごとく、両当事者主張の境界線がかこまれた土地の所有権確認請求に予備的に境界確定請求が併合されているとみるべき場合が多い(石川・前掲二)。かかる場合主たる請求が理由がない場合従たる請求について判断することになるが、境界確定請求は両当事者の主張する境界線の範囲内でなされるべきであるから(2)の場合と同じことになる。(2)の場合は後で取上げるが、境界確定訴訟は通常は(1)の形でなされないにせよ、(1)の形でなされる余地のある以上かかる場合についても検討の必要はあろう。

境界確定訴訟は形式的形成訴訟でその本質は非訟事件であるから、境界線をどこにひくかは裁判所の自由裁量事項である。(2)(3)の場合は自由裁量が制限されている場合である。この限界をこえて境界線をひけば申立の限度をこえて裁判したことになり違法である。民訴法一八六条は形式的形成訴訟である境界確定訴訟に適用がなく、したがつて(2)(3)の場合の境界線の限界は同条にいわゆる申立事項中に含まれないとする見解が形式的形成訴訟の当然の帰結とされている(小室・本件判批・民商一五〇卷六号九〇八頁)。しかし私は形式的形成訴訟説をとりながらもこの見解には賛成できない。境界確定が非訟事件でありながら形式的形成訴訟の形式をとる理由は両当事者の境界確定をめぐる利害が民事訴訟におけるが如くに対立しているからである。したがつて利害の相對立する当事者が境界線については合意しないが、

境界線のひかるべき範囲について相互に主張が対立していない以上裁判所が裁量の限界としてこれに拘束されることはむしろ当然のことといわなければならない。そこで(2)(3)の場合裁量権の限界をこえて当事者の主張した境界線設定の限界をこえてその外側に裁判所が境界線をひいた場合、この裁判は裁量権の限界をこえて申立てざる事項についてした民訴法一八六条違反の違法な裁判であるといえよう。したがって、かかる場合当事者の一方のうける不利益も明白である。

(2)(3)の裁量権の範囲をこえる場合は別にして、(1)(2)(3)の裁量権の範囲内で境界線が設定された場合はどうか。裁量が妥当性を欠くことを理由に当事者は上訴を提起しうるであろうか。裁量権の認められる範囲内で境界線が設定せられて以上いかなる場合にも当事者にとつて不利益はありえないとする見解もありうるが(小室・前掲)、非訟事件の場合裁量が妥当性を欠けば不服申立の対象になりうるし、境界確定訴訟という形式的形成訴訟で不服申立方法は上訴以外にないわけであるから、裁量が妥当性を欠くことを理由に上訴ができるものと解しえよう(境界確定訴訟における上訴の要件としての下参)。

(b)つぎに境界確定訴訟の上訴審における不利益変更禁止の原則の適用の有無について考えてみよう(判例で適用肯定説をとるものとして大審大抄録八八巻二二五四八頁があり、否定説をとるものに昭和三五年三月二三日札幌高判下級民集一一巻三三〇五八三頁、時報二二三三三二六頁がある)。私は境界確定訴訟を形式的形成訴訟と理解しても上訴審において不利益変更禁止の原則の適用を肯定する余地はありうると思える。その本質が

非訟事件である境界確定訴訟が形式的形成訴訟とされているのは、境界線の確定をめぐる両当事者の利害の対立が通常の訴訟におけるそれに類似するからである。だからこそ前記(2)(3)の場合民訴法一八六条の適用を肯定すること既に述べた通りである。両当事者の境界線の確定をめぐる対立する利害は当事者の処分可能な私的利害であり、控訴の場合であれば被控訴人が附帯控訴をしない以上は第一審判決の定めた境界に異論はないのであるから、控訴審判決で控訴審裁判所の妥当とするところにしたがつて被控訴人に有利に境界線をひきなおすことは必要ではない。かくして境界確定訴訟の上訴審でも不利益変更禁止の原則の適用ありと考えるべきである。この意味でも本件上告審判決理由には賛成しかねる。

(石川 明)

昭三八23(最高民集一七巻九号一二二九頁)

弁護士懲戒請求者の異議申立を棄却した日本弁護士連合会が再審請求について審査をしないことに対する不服の訴の適否

再審請求事件(昭三八・一〇・一八第二小法廷判決)

上告人X(原告・控訴人)は弁護士法五八条により神戸弁護士会に同会所属弁護士Aの懲戒請求をしたが棄却の決定をうけ、これに対しさらに同法六一条により被上告人(被告・被控訴人)日本弁護士連合会(以下日弁連と略す)に異議の申立をしたが同様棄却の決定をうけた。しかし原告は右決定に不服があり同連合会にさらに再審の申立をしたが、同連合会がこれを取りあげないので、同連合会を

被告として本件訴を提起。第一審却下。

第一審判決は以下のごとし。弁護士法五八条に基く懲戒請求権及び同法第六一条に基く異議申立権は懲戒請求者の個人的利益のために認められたものではなく、弁護士懲戒制度の運用の公正を担保するため、もつぱら公益的見地から特別に法律により一般国民に認められたものであることは明らかである。従つて、懲戒請求に関する弁護士会又は日弁連の決定その他不服申立の取扱に関する措置等につき仮に懲戒請求者に不服があつても、法律にとくに出訴を認められた定めがないかぎり、その不服につき当然に裁判所に出訴し得べきものではない。しかるに、弁護士法には、これにつきとくに出訴を認めた規定はないので、原告の本訴請求は不適法なものと解さざるを得ない。と、原告控訴。上告審判決と同じ理由から控訴棄却。原告・控訴人X上告。

上告人の上告理由は要約すると以下のごとくである。原判決は弁護士法六一条二項中に懲戒請求者の異議申立があつた場合これを再審議せねばならぬとする規定がないから不適法な訴と解したが、これは懲戒請求権を不当に制限し、一般国民の公益の存在を無視するもので、対する上告審の判断は以下のごとくである。弁護士法五八条は何人も弁護士会に弁護士の懲戒請求をなすことを規定し、同法六一条は懲戒請求者の弁護士連合会への異議申立を規定する。しかし右連合会のした異議決定に対する再審請求の規定なく、再審請求につき何等手続をしない場合、これを不服として裁判所に出訴しうる法律の規定がないことも原判示の通りである。その趣旨は、弁護士法は弁護士の懲戒を弁護士会又は弁護士連合会の自主的判断に委せ、懲戒しないとした場合でも裁判所への懲戒の訴求までは許さない趣旨と解するのが相当である。かく解しても弁護士士の行為により権利侵害をうけた者が救済を求めないわけではなく、所

論憲法二一条違反の主張はその前提において理由がない。上告棄却。

判旨に賛成。

日弁連の懲戒に関する処分に対し不服のある者は三〇日以内に東京高裁へ出訴できる(弁護士法六二条)。これに反し懲戒請求者からの出訴につき規定がないため、これを認むべきか否かについては見解がわかれる(本判決は否定説をとる。否定説をとる学説として吉川・本件判批・民商五〇。巻九号八〇頁以下、肯定説をとるものとして兼子・裁判法二五四頁がある)。

まず否定説の論拠をみよう。第一の論拠はこうである。弁護士法五八条の懲戒請求権や同法六一条の異議申立権は懲戒請求者の個人的利益のために認められたものではなく、弁護士懲戒制度の運用の公正を担保するため、もつぱら公益的見地から認められたものである。したがつて日弁連の懲戒に関する処分に対して懲戒請求者に不服があつても、法律にとくに出訴を認めた定めのないかぎり、その不服につき当然に裁判所に出訴しうべきではない。と(本件第一審判決理(巻九号一三三―一四頁)第二の論拠として、弁護士の懲戒に関する単位弁護士会または日弁連の自主性が挙げられる(本件控訴審判決理由(最。吉川・前掲判批八三頁))。第二の論拠として、弁護士会ないし日弁連の自主性に対する主張は、懲戒における単位弁護士会または日弁連の自主性を基調としていることに間違いがないが、懲戒決定も懲戒しない決定と同様に単位弁護士会ないし日弁連の自主的判断にもとづくもので、両者はこの点でなら変りはないから、自主性の主張から直ちに後者にも出訴が禁止されるとする帰結はでてこない。と主張される(吉川・前掲。そして懲戒決定の場合被懲戒者の利益が問題

になるので出訴を認めざるを得ないが、懲戒請求権者の懲戒申立権は請求権者の個人的利益の保護よりむしろ懲戒制度の公正を期する点に重点があるから、単位弁護士会の懲戒についての決定に対する不服申立としては日弁連への異議申立で十分で、出訴を認める必要はない、とされる。

これに反して出訴肯定説は、懲戒請求者からの出訴について規定を欠くが、権衡上これを認むべきであるとする(兼子前掲)。

私は否定説第一の論拠を以て是としたい。以下その理由を述べ

る。
弁護士会の懲戒については単位弁護士会ないし日弁連の自主性が認められ、自由な裁量によりこれを行いうる点については問題がない。しかし右の自由裁量に法律上の限界はあろう。裁量の限界をどこに求めるかは實際上問題であらうが、この点は一応別にしても、限界が懲戒決定についてはもちろん懲戒しない決定についても存すると考える以上(たとえば、数回にわたりいぢしる所属弁護士会の信用)、限界を超えた懲戒をしない決定についても出訴を認めることが妥当である、裁判所のおこなう非訟事件の裁判にあつては裁判所は行政機関たる性格と同時に裁判機関としての性質を併有しているとみるべきであるからその裁判について不服がある場合抗告以外に別に訴の提起を認める必要はない。しかし弁護士会は懲戒に関する決定を裁判機関としてではなくむしろ行政機関としてなすにすぎない。したがつてその決定が裁量権の範囲をこえている以上は、懲戒決定であると懲戒しない決定であるとを問わず出訴を認めることが望まし

いということも考える余地がある。

しかし、懲戒申立につき懲戒請求権者の個人的利益は問題にならないから請求権者は出訴適格を欠くとする主張は正当である。懲戒に関する公の利益を懲戒請求権者に代表させて懲戒請求権を与えていると考えることはできるが、そのことからただちに懲戒請求権者に懲戒に関する決定につき当事者適格を与え出訴を認めたという結論はでてこない。ただし私人が公の利益を代表して訴訟の当事者適格を与えられ出訴を認められるのは例外的現象でこれを認めるためには特に法律の規定を必要とする^{と解せられるからである}。このことは民衆訴訟の提起につき行政事件訴訟法四二条が、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」とするのをみても容易に理解しうる。しかるに、弁護士法には日弁連の懲戒に関する処分につき請求者からの出訴を認めた規定を欠く。したがつて本件の場合出訴は許されないと解すべきであらう。否定説が妥当であると考える。

かくして本件上告を棄却せる上告審判決は正当である。

(石川 明)