

〔下級審民訴事例研究 四〇〕

40 一 土地境界確定訴訟で敗訴した被告が同一係争地の所有権確認等の後訴を提起したことが信義

則に反しないとした事例

二 建物収去土地明渡請求が権利濫用であるとして敗訴した原告が後訴で再度同様の請求をして
認容された事例

土地所有権確認等・損害賠償等請求控訴事件（福岡高裁平成七年六月一六日判決、判例タイムズ八九一
号二五一頁）

事案の概要は次の通りである。⁽¹⁾ Y（前訴原告、本件の第一審本诉被告兼反訴原告、控訴人兼被控訴人）は X（前訴被告、本件の第一審本訴原告兼反诉被告、被控訴人兼控訴人）に対し、本件両隣接地についての境界確定と、X 所有建物のうち本件係争土地部分（Y の主張では Y 所有地の一部）内に建てられている部分の収去、本件係争土地部分に存する X 所有の樹木等の収去及び本件係争土地部分の明渡しを求める訴えを提起した（前訴）。前訴第一審では Y が敗訴したが、控訴審では境界線が Y の主張どおり認められ、Y の請求のうち樹木等の収去請求及び建物部分以外の土地明渡請求は認容された。しかし建物収去土地明渡請求は権利の濫用として控訴審でも棄却された。その後の控訴審判決は、上告棄却判決により確定した。

前訴が上告審に係属中、X は Y に対し、本件係争土地部分の所有権の確認、同土地部分の明渡を求める訴えを提起した。これに対して Y は、X の訴えは信義則に反するとし

て訴えの却下を求めるとともに、Xに対し反訴を提起して、X所有建物のうち本件係争土地部分に存する部分の収去と同土地部分の明渡を再度求めた。

本件第一審判決は、Xの訴えを却下し、Yの請求を棄却した。X・Y双方が控訴したところ、本判決は、Xの控訴を棄却するとともに、Yの控訴を認容してXに建物収去土地明渡を命じた。判決理由は以下のとおりである。

まず、Xの本訴請求について訴えの却下を求めるYの本案前の主張については、次のように述べてこれを退けた。

「前訴と本訴とは当事者が同一であるが、前訴における審理の対象（訴訟物）は（一）両土地の境界、（二）YのXに対する本件土地明渡請求権であり、本訴の訴訟物は（一）本件土地所有権の帰属、（二）XのYに対する本件土地明渡請求権……であつて訴訟物を異にするから、本訴請求は前訴判決の既判力によっては遮断されない。

もっとも、両訴の訴訟物の実質的な核心はいずれも本件土地所有権の帰属にほかならないところ、前訴判決はこれがYに属するとの認定に立って右各訴訟物についての判断結果を主文において宣言したのであるが、本訴は直截に本件土地所有権がXに属することの確認を求めるとともに右土地所有権の帰属を前提として前訴とは逆にYに対して所

有権移転登記手続、土地明渡及び不法占有による損害賠償を求め、しかも、Xがその根拠として主張するところは、結局前訴判決が誤っており、不当であるというのであるから、実質的には前訴の蒸し返しといわざるを得ず、このような実質的な争訟の実質的な蒸し返しを容認するのは確定判決による法的安定性を害し、相手方であるYを長く不安定な立場に立たせる結果となるというYの主張は首肯し得ないではない。しかしながら、確定した本案判決の既判力が判決主文で判断が示されている請求の当否すなわち訴訟物である権利関係の存否についてのみ生じるものであることはいうまでもなく、これは紛争の解決方法として当事者が意識的に審判を申し立てた事項に対して裁判所がその法律的当否についての判断を示すのが民事判決の目的だからである。そして、現実には生起している事実上、法律上の紛争につき、その実情に沿った有効適切な解決を図るため、どの範囲の事項をどのように法律的に構成して訴訟の場に持ち出すかは訴えを提起する者の判断、選択にゆだねられているところである。

これを本件に即してみると、本件土地は当事者双方がそれぞれ主張する境界に挟まれた土地であるから、本件土地が両土地のいずれの一部であるか、すなわち本件土地所有

権が双方当事者のいずれに属するかは同土地をめぐる法律
的紛争の根幹をなすものであったところ、Yが前訴におい
て本件土地所有権の確認を併せ請求することに支障があっ
たとは認められず、右確認請求を必要としない事情、例え
ば判決によって境界が確定されさえすれば、Xが以後本件
土地がXの所有であるとの主張を撤回しその明渡を任意に
履行するなどして本件土地をめぐる紛争が一挙に解決に至
ることを予測させるような事情の存在も見出されないの
であるから、前訴において本件土地所有権の確認を併せて請
求しておきさえすれば本件のようなXによる紛争の蒸し返
しを防止できたという意味において、前訴でのYの訴訟提
起、遂行に不十分なところがあつたといわざるを得ない。
他方、右の点について前訴におけるXの応訴態度に非難さ
れるべきものは見られない。そうしてみると、前訴判決に
おいて実質上判断が示されているのに既判力が及ばないゆ
えをもってXがする前訴の蒸し返しともいえる本訴の提起
を是認して良いかについては疑念の残るところではあるが、
信義則に照らし容認しがたいとまではいえない。よって、
Xによる本訴の提起自体が許されないとする根拠は十分に
はなく、訴え却下を求めるYの申立は理由がない。」

そして、本案審理にはいったが、X主張の取得時効完成

とYの得た登記との時間的先後関係から、時効と登記に關
する判例理論に従い、Xの請求は理由がないとした。⁽²⁾

他方Yの反訴請求については、次のように述べて前訴の
既判力に抵触しないとし、かつ、もはや権利の濫用とはい
えないとして、これを認容すべきものとした。

「本件建物部分を収去して本件建物敷地の明渡を求める
Yの訴えが前訴判決によって棄却されたことは前認定のと
おりであるところ、Yは反訴としてこれと同一の明渡請求
を内容とする訴えを提起しているのであるが、右反訴にお
いては前訴の事実審口頭弁論終結後の事由を主張している
から、前訴判決の既判力には抵触しないと解される。

そして、Xが前訴における事実審の口頭弁論終結後本訴
を提起してYの本件土地所有権を争い、前訴の確定判決に
よりYに明け渡した本件土地をXに明け渡すよう求めている
のみならず、Yの前訴の提起及び立証活動が不法行為に
該当するとして損害賠償まで請求しているという事情のも
とでは、Yの右反訴請求が権利の濫用として許されないと
するのはかえって公平を失するといふべきであり、このほ
か、Xは右土地明渡請求が権利濫用に該当するという抗弁
を主張してはいないこと（この点は前訴においても同様で
あった。）に照らしても、Yの右請求を排斥すべき理由が

ないことは明らかである。」

「評 釈」

Xの本件後訴提起と信義則の問題を中心に検討するが、この点については後述のような理解の下に本判決を支持する。

一 前訴と後訴（本件訴訟）の訴訟物の同一性について

境界確定訴訟の性質については議論があるが、判例・通説⁽³⁾のとする形式的形成訴訟説（形式的には形成訴訟であり、実質的には非訟事件であるとする説）を前提に考えると、

前訴の境界確定訴訟において、係争部分の土地所有権は訴訟物ではなく、前訴の訴訟物は、①本件両土地の境界、②

（Yの係争土地部分所有権に基づく）YのXに対する同土地部分明渡請求権であると解される。一方本件の訴訟物は、本訴請求については、①係争土地部分の所有権、②（Xの係争土地部分所有権に基づく）XのYに対する同土地部分明渡請求権、であり、反訴請求については、①（Yの係争土地部分所有権に基づく）YのXに対する同土地部分明渡請求権、である。

よって、本訴請求の訴訟物①は、前訴の訴訟物①と同一ではないが、反訴請求の訴訟物①は前訴の訴訟物②と同一である、という関係にある。⁽⁴⁾

二 前訴請求①について自己に不利な判断をされたXが、

後訴の本訴請求①②を求めることと信義則について

後訴での訴訟物の異なる請求が信義則により認められない場合があるとしたリーディングケースとしては、最判一小昭和五一年九月三〇日（民集三〇巻八号七九九頁）⁽⁵⁾がある。この判例の事案は、要約するに、前訴で農地を買戻したことを理由に乙に対して農地の所有権移転手続を求めた甲が、前訴の敗訴確定後、後訴で、そもそも自作農設置法による乙の本件農地取得が無効であるとして乙の所有権抹消に代わる所有権移転登記手続を求めた事案である。判決は、

「本訴は、実質的には、前訴のむしろ返しというべきものであり、前訴において本訴の請求することに支障もなかったのかかわらず、さらに甲が本訴を提起することは、本訴提起時にすでに右買収処分後約二〇年も経過しており、右買収処分に基づき本件各土地の売渡をうけた乙の地位を不当に長く不安定な状態におくことになることを考慮するときは、信義則に照らして許されないと解するのが相当である。」として甲の訴えを却下すべしとした原審の判断を支持した。

この判決は、実質的なむしろ返しと、相手方の地位の不当

に長い不安定を二つの柱として信義則により後訴を許さないとするものであるが、多くの評釈は、安易に信義則論を導入するものであるなどとして批判的である。⁶⁾

これに対して最判一小昭和五九年一月一九日(判例時報一一〇五号四八頁)は、一般論としては上記最判昭和五一年の考え方を踏襲しつつも、具体的事案については後訴が許されるとした。その事案は、登記原因たる贈与の無効を主張して所有権移転登記の抹消を求める前訴で敗訴した甲が、その後贈与の負担の不履行により贈与契約を解除して所有権移転を求める後訴を提起したというものである。判決理由は、

「本訴が実質的に前訴のむし返しであるとは当然にはいふことができないところ、……乙が本件物件の所有権の帰属に関する紛争が右訴訟ですべて落着いたと信頼しても無理からぬものであるということもできない……しかも、……不当に長期間乙の法的地位が不安定な状態におかれるという事情も存在しないのである。そうしてみると、甲の本訴提起が著しく信義則に違反するものとはとうていいうことができない。」として、甲の訴えを却下した一、二審判決を破棄して事件を一審に差し戻した。この判例に対しては、一般論として昭和五一年最判を踏襲した点に批判

的な批評があるが、安易に信義則を適用して訴えを却下すべきでないことを示したのとして評価する考えもある。⁽⁷⁾

本件の平成七年福岡高判は、上記両最判の一般論を踏襲しつつ、具体的事案での訴え提起自体は信義則に反しないと判断したものとみられる。右昭和五一年最判以降、信義則を理由に後訴を排斥した判例は、同最判のような請求レベルでの排斥のほか、主張レベルでの排斥を含めてかなりの数に上っている。⁽⁸⁾ 学説上も、各判例の評釈や研究論文を通して信義則と判決効に関する多くの見解が唱えられ、もはや議論の焦点は、後訴での請求なり主張なりを排斥する信義則の具体的な内容や要件をどう把握するかという点に移っているように思われる。⁽⁹⁾

しかしながら、筆者としては、信義則により後訴での請求や主張を排斥する考え方には素朴な疑問を払拭できない。というのは、信義則による排斥を認める考え方は、細部での違いは別として、基本的には前記昭和五一年最判が述べる「実質的な前訴のむし返し」と「相手方の地位の不安定」を論拠としているものといえようが、そのいずれにも「当事者の申し立てた訴訟物について審判をし、確定判決の既判力により紛争を解決する」という民事訴訟の大原則とぶつかるように思われるのである。まず「実質的な前訴

のむし返し」についていえば、信義則による排斥を認める考え方は「実質的な前訴のむし返しは許すべきでない」という価値判断から出発しているものとみられるが、この価値判断自体、前記民事訴訟の大原則とは両立しない面があるのではなからうか。すなわち、処分権主義をとって原告の申し立てた事項だけを審判の対象とし（民訴法一八六条）、判決主文の判断だけに既判力が生じ（同一九条一項）、もって私人間の紛争を解決するという制度の裏面として、主文以外の判断についてはむし返すことを認める¹¹勿論むし返しても理由がなければ改めて棄却されるだけである¹²というのが大原則であると考えられる。また、「実質的な」むし返し」といえるかどうかはそれ自体判断や評価を要することがらであり、どうしても判断者（¹³受訴裁判所）の恣意に流れる危険を否定できない。

次に「相手方の地位の不安定」であるが、筆者の考えるところ、相手方には自己の主張する法律関係の確認を求め訴えの追加的変更や反訴の提起などにより、通常はその「不安定な地位」を脱出しようする道が前訴の段階で与えられていると解される。本件の平成七年福岡高判の事案でも、判決理由が指摘するようにYが前訴でXに対し係争部分の土地所有権確認の請求を合わせて行い勝訴しておけば、X

からの後訴提起は殆ど考えられなかったはずである。勿論、前訴で相手方が前訴後に残る不安定な地位を回避するための手段をとるかどうかは相手方の自由に属することであるが、かかる手段をとらなかつたために後訴が提起されて応訴せざるを得なくなったということは、基本的には相手方の自己責任による結果である。むしろ、前記民事訴訟の大原則に照らせば、道があるのに積極的な申立を行わなかつた相手方は、既に前訴の組上に上がっていた訴訟物の範囲に限って解決を欲していたものと評価するべきである。いわば、前訴の両当事者は、双方それぞれが勝訴の場合と敗訴の場合の利害得失を考えて、裁判所に判断を求める範囲を限定した方が有利だと共に判断して争ってきたものと言ふべきであり、勝訴した場合に訴訟物以外の権利関係についてはなお「安定した地位」に達しないことは双方承知していたものと言ふべきである。

筆者としては、右のような観点から、後訴への拘束は前訴で生じた既判力のみに委ねるべきであり、信義則による後訴での請求や主張の排斥は基本的に行うべきでない¹⁴と考える。そして、前記昭和五一年最判と昭和五九年最判の關係は、前者が進み始めた誤った方向を、後者が前者の一般論を形式的には維持しつつ、実質的にあるべき方向に進路

を修正したものと解したい。実際、信義則による後訴での請求ないし主張を排斥する裁判例は、ごく最近では減少しているように思われる⁽¹²⁾。

本件の平成七年福岡高判は、昭和五九年最判にならって、昭和五一年最判の示した信義則による後訴での請求や主張の排斥を極めて限定的に解する方向で判断をしていると理解されるが、このような方向は右に述べた観点から適切であり、支持しうるものである。筆者としてはかような理解を前提に本判決を支持すべきものと考ええる。

三 同一の訴訟物についてのYの後訴（本件）での請求について

本件でYは基準時後の事情を主張しているから、それ理由に裁判所が別の判断をする限り、前訴判決の既判力との抵触の問題は生じないと考えられる。結局のところ、後訴の口頭弁論終結時においてもなお権利の濫用というべきかどうか、換言すれば前訴の口頭弁論終結時から後訴の口頭弁論終結時までの間に権利濫用の状態が解消されたかどうか、という実体判断が控訴請求の認容・棄却の分岐点になるということである。その意味で本判決は、既判力の標準時に関する原則論に実体判断を当て嵌めただけのものであり、訴訟法的な観点からは問題がないと考える⁽¹³⁾。

(1) 本件訴訟（後訴）では、本文に述べたほか、XからYに對し、Yの前訴での不当な訴訟行為を理由に、YからXに對し、後訴提起の不当性を理由に、それぞれ損害賠償の請求が合わせて申し立てられたが、裁判所はいずれも退けた。この点の判断は、不当訴訟による不法行為の成立を制限的に解した最判三小昭和六三年一月二六日民集四二巻一頁一頁の立場によったものと解される。

(2) 本判決は、「本訴請求については、これを却下した原判決の判断は当を得ないから、民訴法三八八条によりこれを取り消したうえ本訴請求に関する部分を原審に差し戻すべきところ、前述のとおり本訴請求は実体的に理由がなく、これ以上の審理を要せず棄却されるべきことは極めて明らかであるので、控訴棄却の判決をする」としている。

民訴法三八八条（必要的差戻）の文言上は、一審の却下判決を不当とする場合には一律に一審に差し戻すべきようにも読めるが、同条が審級の利益保護のための規定であることから、控訴審が控訴棄却をできる場合を認めるのが判例（最判一小昭和五八年三月三十一日判例時報一〇七五号一一九頁など）・多数説である。（不利変更禁止の原則により原判決取消・請求棄却はできない。）

他方、最判一小昭和四六年二月一八日、最判二小昭和四二年三月三十一日、最判三小昭和三七年一月二二五日は、いずれも第一審の却下判決を不当としながら控訴棄却とした

原判決を破棄しているが、これらの事案はいずれも第一審で実質審理が行われていないとみられる事案である。

本平成七年福岡高判は、請求に実体的理由がないことが明らかであることを理由としており、同様の裁判例もみられるが（札幌高判昭和五三年一月一日、仙台高秋田支判昭和四八年八月二十九日、高松高判昭和四四年三月七日）、審級の利益の保障が民訴法三八八条の趣旨であることを考えると、第一審で実質的審理がなされたかどうかのポイントとされるべきように思われる（同旨、大阪高判昭和五三年五月二十四日）。

ちなみに、同旨の規定である平成八年改正法三〇七条は、但書を置き、「ただし、事件につき更に弁論をする必要がないときは、この限りでない。」としている。

(3) 判例として最判一小昭和四三年二月二日民集二二卷二七〇頁など。学説として兼子一・民事訴訟法体系（昭和四〇年）一四六頁、菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ「全訂版追補版」（昭和五九年）一〇二七頁など。

(4) なお本判決は、本文での括弧内をはずして訴訟物を整理しているが、これが意識的なものであるとすれば、伝統的な旧訴訟物理論には立たないことを示しているものといえよう。

(5) それまでの判例の立場は、少なくとも最高裁では、争点効を否定し（最判三小昭和四四年六月二十四日判例時報五

六九号四八頁）、「訴訟物」既判力の客観的範囲、判決理由中の判断には後訴への拘束力は生じない」という図式が定着していた。なお、争点効については、昭和五一年最判の後も、これを否定するのが最高裁の立場である（最判二小昭和五六年七月三日判例時報一〇一四号六九頁）。

(6) 「この判決はどうもおかしい。」で始まる水谷暢・判例タイムズ三四五号八六頁（昭和五二年）をはじめ、小山昇・民商法雑誌七六卷四号五九七頁（昭和五二年）、山木戸克己・ジュリスト臨時増刊六四二号一二九頁（昭和五二年）、坂原正夫・法学研究五〇巻一〇号九六頁（昭和五二年）、高橋宏志・法学協会雑誌九五卷四号一七六頁（昭和五三年）、三ヶ月章別冊ジュリスト七六号二三六頁（昭和五七年）がそれぞれ判旨に反対ないし疑問を呈している。

積極的な評価をするものとしては、新堂幸司・判例評論二二三号一一六頁（昭和五二年）がある。他に本判例の評釈として、岨野悌介・法曹時報三二卷一二号二二二頁（昭和五四年）、原強・別冊ジュリスト一一四号三三頁（平成四年）がある。

(7) 本判例の評釈として、住吉博・判例評論三〇七号二七頁（昭和五九年）、木川統一郎・中山幸二・判例タイムズ五三五号九四頁（昭和五九年）、坂口裕英・ジュリスト臨時増刊八三八号一三八頁（昭和六〇年）がある。

(8) 主張レベルで排斥するものとして、最判一小昭和五二

年三月二十四日裁判集一二〇号二九九頁、東京地判昭和五二年九月二九日判例時報八八四号七四頁、名古屋高判昭和五四年一月二八日判例時報九五四号四二頁、東京地判昭和五七年一月三〇日下民集三三卷九一・一二号一四三七頁、東京地判昭和五八年一月二一五日判例時報一一二六号六三頁、東京地判平成二年四月一六日判例時報一三六八号七四頁、仙台地判平成二年七月二七日判例時報一三七三号一〇一頁があり、請求レベルで排斥するものとして、東京地判昭和五二年五月三〇日下民集二八卷五十八号五六六頁、仙台高判昭和五六年八月三一日判例タイムズ四五三三九八頁、名古屋高金沢支判昭和五九年四月四日判例タイムズ五三三〇号一六八頁、東京地判昭和六〇年八月二六日判例時報一二〇〇号八四頁、東京高判昭和六一年五月二九日判例時報一九五号九四頁、東京高判昭和六一年一〇月二三日判例時報一二一六号八一頁、東京地判昭和六一年一月一二日判例時報一二一五号一三五頁、大阪地判昭和六一年一月一三日判例タイムズ六二九号二〇四頁、東京地判昭和六二年三月三〇日判例時報一二六三三二二頁、東京地判昭和六三年二月二〇日判例時報一三三四号七五頁（但し念のためのな傍論）がある。さらに、信義則による排斥をごく例外的な場合に限るべき旨を明示するものとして、大阪地判昭和六〇年一月一五日判時一一九九号一一七頁、判タ六〇

号二二六頁

信義則により後訴での請求や主張を排斥した裁判例については、坂原正夫・法学研究六三巻八号（平成二年）、原強・判例における信義則による判決効の拡張化現象（二）（二）札幌学院法学六巻一號一頁（平成二年）、同八巻一號三二頁（平成三年）が詳細な検討を加えている。

右裁判例を概観するに、請求レヘルでの排斥を受けた事案は、すべて前訴での原告（反訴原告を含む）が後訴を提起しているケースのようである。しかし、これをもって前訴被告が後訴を提起する場合には請求レヘルでの排斥を受けないとするのが裁判例の流れであるとみるのは早計であろう。実際の裁判では、個々の事件での原告と被告は互換性のある相対的なものであり、当該紛争との関係では同質的な存在であるからである（原・前掲（二）四五頁以下も前訴で原告であったが被告であったにより差異を設けるべきでない旨を述べている）。

(9) 前注までに掲げた文献のほか、竹下守夫・別冊法律時報（私法判例リマックス）四号一二二頁（平成四年）、池田辰夫・別冊法律時報四号一三五頁（平成四年）など。

(10) 但し、いかなる場合にも信義則では後訴での請求や主張を排斥できない、とするのは行き過ぎであろう。およそ考えられないような特異なケースにおいて妥当な解決を導くためにどうしても他に手段がないという場合に備えて、信義則という一般条項の適用の余地を残しておくのが妥当

である。しかし、信義則による排斥を認めた裁判例に現れたケースは、いずれも信義則を持ち出すべき事案ではなく、訴訟物を同一とみて既判力で排斥すべき事案か、または、再度実体判断をすべき事案であつたと思われる。

(11) 筆者の把握する限り、公判されている裁判例で後訴で信義則による請求や主張の排斥を認めたのは、請求レベルについては前掲東京地判昭和六三年二月二〇日が最後であるし(しかも傍論での念のための言及である)、主張レベルについては前掲仙台地判平成二年七月二七日が最後である。もつとも信義則による排斥を認める判例が定着したゆえに同種の裁判例が一々公判物に載らなくなつてしまつたという可能性も考えられないではない。

(12) 東京高判昭和五五年二月一二日判例時報九五八号六一頁は、前訴で所有権に基づく土地の明渡請求が権利の濫用を理由に棄却された場合、「過去、将来の土地占有につき占有者は少くとも妥当な賃料額相当の不当利得金の支払義務を負うばかりか、もし所有者が土地の使用関係を正常化するため、使用権設定及びその条件などについて協議を求めた場合には、信義則上、誠意をもってこれに応すべき義務があり、正当な理由なく協議に応じない場合には、権利濫用の状態は解消し、その後、所有者の明渡請求は認容されるべきものになることもある」としている(ただし具体的事案では再度権利濫用を理由に請求棄却)。

なお、権利濫用の事案ではないか、同一内容の請求(離縁請求)が後訴で認容された例として、新潟地高田支判平成四年五月二一日家裁月報四五巻二号一七五頁がある。

(13) 本判決は、Xの後訴の提起や後訴での主張を理由に権利濫用の状態が解消されたという判断をしているが、他方にXには訴え提起の自由があることを考えるとき、その実体判断の適否には議論の余地があると思われる。ただ、実体判断の適否についてはここでは深入りしないこととする。

高崎 英雄