

琉球大学学術リポジトリ

境界確定訴訟において原告の主張する境界線を越えて境界を確定することができるか：
戦後の学説と判例、論点の整理

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 玉城, 勲, Tamaki, Isao メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2152

境界確定訴訟において原告の主張する境界線を越えて境界を確定することができるか

—— 戦後の学説と判例、論点の整理 ——

玉城
勲

- 一 はじめに
- 二 宮崎判事の所説 (境界確定訴訟否定説)
- 三 村松判事の所説
- 四 判例
- 五 境界確定訴訟の対象では通説に立つ肯定説
- 六 否定説
- 七 境界確定訴訟の対象では少数説に立つ肯定説
- 八 奈良教授の所説
- 九 戦後の学説と判例の要約
- 一〇 ドイツにおける学説の状況
- 一一 論点の整理

一 はじめに

私は今年三月に名古屋大学を定年退官された恩師松浦馨先生の退官記念論文集として編集された名古屋大学法政論集第一四七号(平成五年三月刊)に「境界確定訴訟において原告の主張する境界線を越えて境界を確定することができるか——戦前の学説と判例——」と題する論文^①を寄稿したが、その序論で次のように述べた。

「境界確定訴訟において原告は一定線を境界として提示する必要はなく(これを以下ではA命題と呼ぶ)、(たとえ原告が一定線を境界として提示したとしても)裁判所は原告の主張する境界線を越えて境界を確定することができ(これを以下ではB命題と呼ぶ。）」というのが現在の通説・判例である。これに対し、これを批判する少数説が存する。しかしながら、通説と少数説の間で議論は噛み合っていない。それゆえ、今後、実りある議論をするためには論点を十分に整理する必要がある。そこで、私はこれまでの個々の学説・判例を分析し、それらを正しく位置づけることを通して論点を整理したいと考えた。しかしながらこの作業は予想外に紙数を必要とし、この論文集で許された分量ではとても収まらないことが判明した。そこで、本稿では対象を戦前の学説・判例の分析と位置づけに限定し、戦後の学説・判例の分析と位置づけ、そして全体的な論点の整理は別稿で行うことにさせて頂くこととした。本稿はいわば前編であり、後編に当たる別稿は本紀要以外で発表することになる。読者諸氏には大変申し訳ないが、切に御海容をお願いする次第である。」と。このたび発表する本稿はその「後編に当たる別稿」である。このように前編、後編に分けることになったのは単に紙数の制約という事情によるものであって、内容的には前編、後編がそれぞれ意義があるというものではなく、合わせてひとつの論文としての意味があるにすぎない。そこで、本稿は前編から引き続いて読まれることを前提にして、叙述の仕方におい

でも、前編で述べたことを「前述のように」と表現することとさせて頂くことにした。ここにあらためて読者諸氏の御海容をお願いする。

以下では、戦後の学説・判例の分析と位置づけを行い、そしてそれを要約した後、ドイツにおける学説の状況を見て、最後に論点の整理を行うことにする。

注

(1) 拙稿「境界確定訴訟において原告の主張する境界線を越えて境界を確定することができるか——戦前の学説と判例——」名古屋大学法政論集一四七号四三頁以下（四四頁）。

一一 宮崎判事の所説（境界確定訴訟否定説）

昭和三〇年に発表された宮崎福二判事の「経界確定訴訟の性質について」というタイトルの論文は⁽¹⁾その後の論争、とりわけ境界確定訴訟の対象は何かをめぐる論争に大きな影響を及ぼしたが、本稿で扱っているテーマについてもその後の論争にある程度影響を及ぼした。

判事は境界確定訴訟についての兼子説などの見解を批判し、「当事者双方の主張する経界線に圍繞された係争地域に対する所有権の帰属の確認を求め訴訟——これは通常の確認訴訟に過ぎない——のほかに、別に特殊な経界のみに関する訴訟を認める実定法上の根拠も乏しくかつ実務上からみてもその必要がないのではないか

と思う。」⁽³⁾として、境界確定訴訟自体を否定した。そのために判事の所説は境界確定訴訟否定説と呼ばれているが、境界確定訴訟の対象に関わる批判のほか、請求に関する非訟理論やA B命題に対する批判も境界確定訴訟を否定する理由となった。後者の批判は次のように整理できると思う。(ア)性質上非訟事件に属するものが民事訴訟によって処理されるためには実定法上の根拠が必要であり、境界確定訴訟についてもかつては管轄に関する規定があったが、現行法にはこの種の規定もない。⁽³⁾(イ)当事者は一定線を主張する必要はないとすると、当事者が一定線を主張しない場合、当事者としてなんらの証拠も提出しない、あるいは提出できないということも十分考えられるが、その場合はいったい裁判所はいかなる法規に基づいていかに対処すべきこととなるのか。⁽⁴⁾(ウ)原告の求めるのは境界の形成そのものであるので裁判所は原告の主張線を越えて境界を確定することができるといふが、原告の求めるところをそのように解することははたして原告の真意に沿うであろうか、原告は自己の主張する境界線以内の土地が自己の所有に属することを主張していると見るのが本当ではなからうか。⁽⁵⁾(エ)通説も境界確定訴訟と所有権確認訴訟の併合を認めるが、所有権確認訴訟は通常の訴訟であるためこの併合は問題を生じる。もしその併合が所有権確認訴訟は先決的に判断されるべき境界線以内の地域の確認を求めるという形態だとすれば請求の趣旨がどの地域の確認を求めるのか明確ではないことになる。また、もし単純併合だとすれば、境界とは異なり裁判所は原告の主張線を越えて請求を認めることはできないため、境界線の内側において原告に帰属する地域を確認することもありうることになるが、これは当事者の真意に沿わない嫌いがあ⁽⁶⁾る。

このうち、(ア)は請求に関する非訟理論と境界確定に関する非訟理論を包含する、いわゆる非訟理論に対する批判であるが、官崎判事も実定法上の根拠がないというこの批判を絶対的なものとはしておらず、結局は実質

非訟の境界確定訴訟の実際的必要があるか否かが重要だとしている。(イ)はA命題に対する批判であり、一見もっともな批判のようであるが、当事者がなんらの証拠も提出しないというのは当事者が一定線を主張しない場合だけでなく、一定線を主張する場合でもありうるものであるから、これはA命題に対する有効な批判とはならない。当事者としてなんらの証拠も提出しない、あるいは提出できないという場合はどうするかということはA命題を肯定すると否とを問わず問題となることである。ただ、境界の証明ができない場合の境界確定の最後の基準として係争地平分を考えるのであれば、当事者が一定線を主張しないと係争地が特定しないので、A命題を肯定することは境界の確定がいに不可能となる事態が生じうることを容認する結果になるのであり、このような批判なら有効である。ともかくこの(イ)の批判は成り立たない。(ウ)はB命題に対する批判であるが、それは、a一定線を主張する当事者の真意はそれを越えては求めないということである、という趣旨か、それとも、それと並んで、b境界確定訴訟は理論的には当事者の所有権の範囲とは無関係であるということをもつてB命題を正当化することは当事者の真意に沿わない、という趣旨でもあるのか明らかでないが、それぞれについて評価を加えれば次のとおりである。まず、aについては、確かにそのような批判も成り立つ。ただ雄本博士がB命題を否定することは「原告ノ欲スル所ニアラサル」としたように、裁判の予測の困難ということを考えればB命題を肯定することはこそが当事者の真意に沿っているといえないこともないので、aの批判とともに、民訴一八六条の趣旨は相手方に防御の最終目標を提示するということにもあるということから、B命題の肯定はその点での合理性を損なうことをも問題とすべきであろう。bは適確な批判である。(エ)もB命題に対する批判であり、これも適確な批判である。

このように宮崎判事は請求に関する非訟理論やAB命題に対し批判を加えた。これは前述の前田判事のA命題

批判を除けば通説に対する最初の批判であったのであり、以後の学説に影響を与えた。しかしながら、宮崎判事は境界確定訴訟においてA・B命題を否定するということではなしに境界確定訴訟自体を否定した。それは主として境界確定訴訟の対象に関わっており、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であることを当然の前提としたために境界確定訴訟の対象たる境界を当事者の所有権の範囲を画する境界、すなわち所有権の境界とすることに思い至らなかつたためであるが、それとともに今の問題についていえばいわゆる「単なる線」的思考から抜け出すことができなかったためでもあるように思われる。すなわち、宮崎判事は末弘博士が境界確定訴訟が確認訴訟であれば「原告の申立以上に利益なる経界線の確認をすることは現行法上不法である。けれども、原告の申立より不利益なる経界線を確認することは——一般の給付訴訟に於て一部勝訴の判決を與へ得ると同様——現行法上決して不法ではない。」と論じたことに対し、「経界線そのものに長短の別はあつても、広狭という觀念はあり得ないから、有利不利の問題は生じる余地はないのではなからうか。」と評しており、この立場からすれば境界確定訴訟ではB命題を否定する余地はないことになるのであつて、このことも境界確定訴訟自体を否定する動機になつたように思われるのである。

注

(1) 宮崎福二「経界確定訴訟の性質について」判例タイムズ四九号一頁以下。

(2) 宮崎・一頁。

(3) 宮崎・二頁。

(4) 宮崎・五頁。

- (5) 宮崎・七頁。
- (6) 宮崎・三頁、四頁。
- (7) 宮崎・二頁。
- (8) 拙稿・名古屋大学法政論集一四七号六〇頁。
- (9) ドイツのライスはA命題に対しそのような批判を加えたことについては後述する。ZPO九二〇条は係争地平分についても規定しているが、このような実定法規をもたないわが国においても境界確定の方法について詳細に説示した前述の大審院昭和十一年三月一〇日判決は係争地平分にふれているし、東京地裁昭和四十六年四月二十八日下民集二二巻四九六頁は実際に係争地平分をしている。
- (10) 拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(三)」琉大法学四七号五頁、六頁。
- (11) 宮崎・七頁

三 村松判事の所説

境界確定訴訟について、現在の通説・判例は、境界確定訴訟の対象は一筆の土地と一筆の土地の境界、すなわち地番の境界であり、境界確定訴訟の法的性質は形式的形成訴訟であるとし、そこから(Ⅰ)訴訟上または訴訟外で境界の位置につき当事者が和解をしても無効であり、(Ⅱ)境界を越えて当事者の一方が他方の所有地の一部を時効取得してもそれにより境界は移動せず、(Ⅲ)境界確定判決は所有権の範囲につき既判力を生ぜず、

(IV) 当事者は一定線を境界として主張する必要はなく、(V) 裁判所は当事者双方の主張する境界線の範囲外に境界を確定することもでき、(VI) 上訴審における不利益禁止の原則は適用されない、という具体的帰結が導かれている。⁽¹⁾ この境界確定訴訟全体についての現在の通説は戦前の兼子博士の判例評釈の影響の下で、右に見た宮崎判事の批判にもかかわらず、最高裁の判例と相まってその通説としての地位が形成されてきたのであるが、わけても村松俊夫判事の一連の論文はそれにおおいに寄与した。そのため村松判事はその通説の代表者と目されている。以下では村松判事がA B命題についてどのような議論をしているかについて見てみよう。

村松判事はむろん請求に関する非訟理論およびA B命題を肯定するが、それらについては単にそれらは正しいというだけで、⁽²⁾ 後述する一点を除けばその理由を示していない。

判事は地番境界理論を肯定するが、兼子博士のように境界確定訴訟は理論的には当事者の所有権の範囲とは無関係であるということをもって請求に関する非訟理論およびA B命題を正当化するような議論はしていない。それは判事が一方では地番境界理論を採って、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではなく、境界確定判決は当事者の所有権の範囲につき既判力を生じないとしながらも、他方ではだからといって境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いの解決とは無関係であるとするのではなく、反対に境界確定訴訟は多くの場合、実際上は当事者の所有権の範囲の争いを解決する、しかも、その場合、係争地の所有権確認訴訟によれば境界を証拠によって認定できない時は所有権の範囲の争いを解決できないが、境界確定訴訟によれば裁量により境界を確定することができるのでそのような事態を避けることができる(境界確定に関する非訟理論)、として、まさに当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から地番の境界を確定する訴訟を正当化していることと関係があることは間違いない。この正当化の当否については別稿で⁽³⁾ 詳論したので繰り返さない。ともかく、このよ

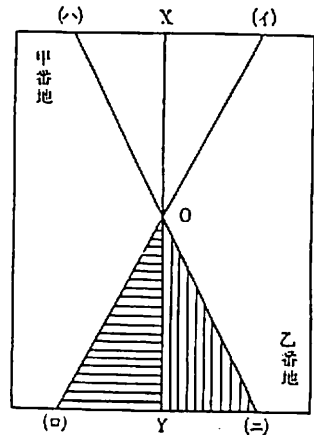
うに地番境界理論によりB命題を正当化しないということになれば、しかしB命題を肯定する実質的な理由をちゃんと論じてもよかつたはずである。しかも、村松判事は「当事者の主張する境界線の範囲内で請求を認容することは第一八六条に違反することにはならないから、この点について、前記大正一二年六月二日の民事連合部の判決の理由で、『——若し原告の主張を正当ならずとして之を棄却せんか、原告はその主張する所の経界線が裁判所の真実なりと認むる経界線に符合するに至る迄訴を反復せざるべからざるに至り、却つて争訟を頻起して権利状態を紛糾せしめ経界確定の訴を認むる精神に背馳する——』といっているのは、いいすぎであると思ふ。」と述べて範圍的思考から判例を見たために判例を理解できないように、実は範圍的思考に立っていることからなおさらである。

ところが判事は請求に関する非訟理論およびA B命題の理由をほとんど示していない。判事の一連の論文、とりわけ最初のもは宮崎判事の境界確定訴訟否定説に対抗して書かれたという面があるが、前述の宮崎判事の非訟理論およびA B命題批判(ア)(イ)(ウ)(エ)に対して、それとしては答えていない。なるほど、そのうちの(ア)、すなわち実定法上の根拠はないが実質非訟の境界確定訴訟の実際的必要があるかということについては、右に述べたように、境界確定訴訟は多くの場合、実際上は当事者の所有権の争いを解決する、しかも、その場合、係争地の所有権確認訴訟によれば境界を証拠によって認定できない時は所有権の争いを解決できないが、境界確定訴訟によれば裁量により境界を確定することができるのでそのような事態を避けることができるとして、非訟理論の実際的必要性を論じているが、それは境界確定に関する非訟理論の実際的必要性であつて請求に関する非訟理論の実際的必要性ではない。

ただ、判事の次の叙述は請求に関する非訟理論から導かれるB命題について特殊な場合についてその実際的必

要性を説いていることになる。「下の図のように、原告Aがその所有の甲番地と被告B所有の乙番地の境界が(イ)O(ロ)線なりと主張し、被告Bが甲乙両地の境界は(ハ)O(ニ)線だと主張した場合に、裁判所はその境界線はXOY線だと定めることができるのである。したがって、原告Aには横線を引いた(ロ)OYの地域、被告Bには縦線を引いた(ニ)OYの地域は、それぞれ当事者の主張以上に有利に判断されているのである。」^①なるほどB命題を否定すればこのような境界確定は当然にはできないことになり、これはB命題の実際的必要性を説いていることになる。このように当事者双方の主張線が交差し、しかも真の境界は双方の主張線の中間に存するという場合については宮崎判事の批判の(ア)に答えていることになるが、これはちょうどB命題否定に対する山田博士の批判の(イ)と同様、特殊な場合についての議論であることに注意しなければならない。

この議論を除けば、村松判事は請求に関する非訟理論およびAB命題の理由を示していない。そもそも右の議論も特殊な場合についてB命題の実際的必要性を説いていることになるといって、^②判事自身はB命題を肯定すべき理由といたかたちで論じているのではない。拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か」で述べたように、^③判事は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いの解決に役立つという別の議論の中にこの議論を混入させているのであって、この議論が目立たないように工夫をしているようにも見える。なぜなら、特殊な場合についてB命題の実際的必要性を説くとそれ以外の普通の場合はどうなのかということが問題になるのは当然であるが、判事にはその場合のB命題肯定の実際的必要性が思い浮かばなかったようだからである。かえってB



命題を否定する古い大審院判決について、「この訴の性質論から考えると、理論的にこの考え方を肯定することは困難ではあるが、実際には、双方の当事者ともに、多くの事件では、極度に自己に有利な境界線を主張するから、裁判所はだいたいその係争地域内に境界線を定めていることが殆どだと思⁹⁾う。」と述べており、B命題を肯定することは問題ではあるが、実際にはほとんど不都合は生じないとするかのようにも読めないことはない。

このように積極的な理由なしにA B命題を肯定するのは、おそらく境界確定に関する非訟理論と請求に関する非訟理論とを区別しないためであろう。すなわち、判事の所説の特徴は、係争地の所有権確認訴訟によれば境界を証拠によって認定できない時は所有権の範囲の争いを解決できないが、境界確定訴訟によれば裁量により境界を確定することができるのでそのような事態を避けることができるとして境界確定に関する非訟理論を強調するところにあるが、他の論者と同様、判事にもそれと請求に関する非訟理論とを区別するという発想がないために、前者を肯定する以上、後者も肯定しなければならないと考えたものと思われるのである。

ちなみに、村松判事は兼子博士の判例評釈を引用して民訴一八六条の適用はないと述べており¹⁰⁾、これは準請求に関する非訟理論ということになるが、請求に関する非訟理論の構成を採る後述の昭和三八年の最高裁判決を紹介しながらこの点について何もコメントしておらず、¹¹⁾それゆえ判事も理論構成の差異に気づいていないといつてよい。なお、以後もB命題を肯定する通説に属する学説の多くは準請求に関する非訟理論の構成を採るが、それも境界確定訴訟をめぐる他の問題と同様、兼子博士の判例評釈の影響と考えるとよいであろう。しかし、いずれの構成によるかは重要ではないので、以後の学説についてはいちいちいずれの構成によっているかについて言及しないことにする。

注

- (1) 通説の構造については、拙稿「境界確定訴訟について」民事訴訟雑誌三四号一七四頁以下参照。
- (2) それらはすべて村松俊夫・境界確定の訴(増補版)に収録されている。以後の引用はこれによる。
- (3) 村松・二九頁、八六頁。
- (4) 拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(三)」琉大法学四七号八頁以下。
- (5) 村松・一〇一頁注(二)。
- (6) 村松・一四頁、七〇頁。
- (7) 村松・一二頁。
- (8) 拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(三)」琉大法学四七号九頁以下。
- (9) 村松・八七頁。
- (10) 村松・二九頁。
- (11) 村松・八六頁。

四 判 例

大正二二年の大審院民事連合部判決は従来の大審院の立場を変更してB命題を肯定したこと、そして昭和一一年三月一〇日の大審院判決もB命題を肯定したことにより判例変更が決定的になったことはすでに見たが、最高

裁昭和三八年一〇月一日判決は⁽¹⁾この二判決を引用して、請求に関する非訟理論およびB命題を肯定し、そこからさらに上訴審における不利益変更禁止の原則の不適用を導いた。すなわち、「境界確定訴訟にあっては、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境界線を定むべきものであって、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實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、同院昭和十一年三月一日判決、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認めたのに対し、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裁判所の定めた境界線を正当でないと認めるときは、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っ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と解するのが相当である。以上によれば、前記のように、原告が第一審判決と判断を異にし自ら本件両地の境界を認定しながらも、被告が不服を申立てていないから、第一審判決を被告に有利に変更しないとしているのは正当でなく、原判決の前記部分は、この点においても破棄を免れない。」と判示している。

このように、本判決はB命題から上訴審における不利益変更禁止の原則の適用はないということを導いているのであり、その意味でB命題は重要な働きをしているが、原告が自ら認定した境界の位置は「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る」と同時に、当事者双方の主張する境界線の範囲外でも

あったのであり、本判決が原審は自ら認定した境界の位置に境界を確定すべきだったというとき、その点をまったく意に介していないのはまさにB命題を肯定するためであり、その意味でもB命題は重要な働きをしているということが出来る。しかしながら、他方では「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」と述べていることからわかるように大審院と同様、「単なる線」的思考に立っているので理論的にはB命題はC命題に包摂され独自の意義を有していない。結局、本判決は判例変更後の大審院の立場をそのまま踏襲しているということが出来る。さらに、本判決は「境界確定訴訟にあっては、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るところに境界線を定むべきものであって、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」と判示しているが、このうち「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るところに境界線を定むべきものであって」というのは当事者の主張線と判決の関係について述べており、「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」というのは境界確定の方法について述べている。すなわち、前者は請求に関する非訟理論に関わり、後者は境界確定に関する非訟理論に関わっている。ところが、判決はこの二つの問題を区別することなく一体のものとして論じているようであり、これも昭和十一年三月一〇日の大審院判決と同様である。

そして、最判昭和四一年五月二〇日判決は、「いわゆる境界確定の訴にあっては、当事者間の相接する所有地相互の境界が不明ないし争あることの主張がなされれば十分であって、原告において特定の境界線の存在を主張する必要はないのであるから、本件原告たる被告が所論のように境界線の主張を変更したからといって、何

らの違法もなく」と判示しており、請求に関する非訟理論からA命題および主張線の変更は許されるということ
を導いている。主張線の変更は許されるという結論は請求に関する非訟理論やA命題を肯定しなくても訴えの変
更ないし請求の拡張または減縮として肯定されるはずであるが、本判決が昭和三八年の最高裁判決に従い請求に
関する非訟理論を採り、そして傍論とはいえ判例として初めてA命題を肯定したことは重要である。

なお、大正一二年の大審院民事連合部判決は「争アル所有権ヲ基礎トシテ経界ノ確定ヲ請求スル場合ニ於テ」
もB命題を肯定すべきだとしたのであり、それゆえ当時の学説のように所有権関連否定説によりB命題を正当化
するということはむろん行っていないことは前述したが、最高裁は境界確定訴訟と当事者の所有権の範囲の關係
につき地番境界理論を肯定するが、右の二つの最高裁判決においては境界確定訴訟の対象は何かは問題となつて
おらず、また地番境界理論でA命題を正当化するということも行っていない。^④

注

- (1) 民集一七卷一二二〇頁以下。ちなみに、本判決が「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」と述べているのは、引用する大正一二年の大審院判決と同様、請求に関
する非訟理論の構成を採るものであるが、準請求に関する非訟理論の構成を採る昭和十一年三月一日判
決も引用しており、構成の違いに気づいていないようである。なお、本判決よりも前に札幌高裁昭和三五
年三月二三日判決下民集一一卷三号五八三頁以下も境界確定訴訟では不利益変更禁止の原則は適用されな
いとしていた。

- (2) 裁判集民事八三号五七九頁以下。

(3) もっとも、私見による個々の判例の位置づけについては拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(四・完)」琉大法学四八号一八六頁以下を見よ。

(4) 畑郁夫「境界確定訴訟」法学教室三七号六七頁以下(七〇頁)、同「境界確定訴訟」新堂幸司編・特別講義民事訴訟法二〇四頁以下(二二三頁)は本判決は「境界確定訴訟は公法上の境界線を確定するものであり、もともと原告からの法的請求はないから」という理由でB命題を肯定していると述べているが、これは正しくない。

五 境界確定訴訟の対象では通説に立つ肯定説

一 村松判事が代表者と目されている境界確定訴訟全体における通説はA B命題を肯定するが、その外、後述するように境界確定訴訟全体では少数説に属しながらA B命題を肯定する論者も存する。境界確定訴訟の対象の問題と今の問題との区別で言えば、前者は対象の問題についても今の問題でも通説であるのに対し、後者は対象の問題については少数説で今の問題については通説ということになる。ここでは前者、すなわち境界確定訴訟の対象でも通説に立つA B命題肯定説のうち、前述した村松判事以外の論者の議論を見てみよう。

二 最初に採りあげた方がよいと思われるのは、請求に関する非訟理論およびB命題を肯定し、そこからさらに上訴審における不利益変更禁止の原則の不適用を導いた前述の昭和三八年の最高裁判決に対する田中永司判事の判例評釈、また花村治郎教授の判例評釈である。田中判事、花村教授は、判決理由に賛成するほか、判決理由に

は現れていないところの地番境界理論によるB命題の根拠づけを行っている。すなわち田中判事は確定訴訟の対象たる地番の境界は当事者が処分できない性質のものだからという理由により、また花村教授はこれとともに境界確定訴訟は理論上は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないのだからという理由によりB命題を根拠づけている。後者の理由から見よう。

花村教授は「境界確定の訴においては往往にして、その性質の把握を誤り、境界線の確定について、『有利』『不利』を云々する傾向があるが、これは、境界確定の訴が、前述した『経界のみに関する訴訟』であることを十分に理解することなく、『所有権確認訴訟』の觀念を脱却していないことから生ずるものであり、境界確定の訴においては、『有利』『不利』の問題はそもそも生じないのである。唯『経界線一旦確認せられ既判力を得るときは後日土地所有権の範囲の問題が再び争いとなりたる場合に於て……経界確認当事者間に在りては事実上（法律上と相対す）間接に土地所有権の範囲も亦認識せられ所有権の範囲確認の為にする最も有力なる証拠否な事実上の基礎を提供するに至るものなり従て此意味に於て当事者は経界確認訴訟に於て経界線の或は右し或は左することに付き大なる利害関係を有し経界線の抽象的位置其のものに付ても亦大に之を争ふに至るものなり然れども其利害関係たるや何れも事実上且つ間接の利害関係にして法律上直接の利害関係に非ざる』（加藤・前掲書一八一頁）だけなのである。本判決は、従来とかく誤りの多かつたこの点につき周到なる注意を払い、『實際上有利』『實際上不利』の語を附して、その語義の混同を避ける努力を払っている。かかる細心の配慮には、賛意を表する。本件においては、この点を軽視してはならないと思う。」

地番の境界は原則的には当事者の所有権の範囲を画している。ここには地番の境界を確定することは實際上当事者の所有権の範囲を確定することになるといふ認識はあるものの、B命題は当事者の所有権の範囲の争いの解

決において合理性をもつという議論はなされず、かえって理論的には境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないからとしてB命題を正当化しようとしているのである。これは判事が引用している所有権関連否定説による正当化と同様、無理な強弁と言わねばならない。

三 それでは、もう一方の理由を見てみよう。これにつき田中判事は「甲地と乙地との境界線というものは、関係当事者の合意でも左右できない性質を有しているものであること（最二小判昭和三一・一二・二八民集一〇・一六三九頁）を併せ考えると」と述べ、花村教授は「公法上の地番と地番との境界線の発見或は設定であるから、境界線は、当事者の合意によっても左右できないものであり（最二小判昭三一・一二・二八民集一〇巻一二号一六三九頁）」と述べているにすぎない。しかしながら、これらの短い叙述の意味するところのものはすこぶる重大である。すなわち、登記簿上、一筆の土地とされている土地の境界が当事者の合意により、分合筆の登記を経ることなく当然に移動することはないはずであるので、地番の境界は当事者の合意だけでは左右できない、それゆえ地番の境界について当事者間で訴訟外で和解をしても、それを当事者の所有権の範囲の和解として有効と見ることができるともかくとして、地番の境界についての和解としては無効である、それゆえ境界確定訴訟の対象たる境界を地番の境界とすればその地番の境界についての訴訟上の和解も無効であるはずである。このように訴訟上の和解も無効であるのに、地番の境界を判決で確定する場合は当事者双方の主張する境界線の範囲内で確定しなければならないというのは背理である。なぜなら、一方では当事者処分権主義を否定し他方ではこれを肯定することになるからである。訴訟上、訴訟外の和解が無効であれば当然にB命題を肯定しなければならぬ。このように地番境界理論はB命題肯定の強力な、むしろ決定的な根拠となる。それゆえ、田中判事、花村教授は非訟理論もB命題肯定の理由にしているが、B命題肯定の理由は地番境界理論で十分であり、非訟理

論は単なる理論構成にすぎないとさえ言えよう。

このように、ここで地番境界理論がB命題肯定の決定的な根拠として浮かび上がってきたというべきである。鈴木重勝教授も「通説判例の理解している境界は公法上の境界である。……たしかに、隣接土地所有者間で争われている境界線が、地番と地番とのそれであるならば、通説・判例に従わざるをえない。つまり、その境界線が公法上のものである以上、私人である原告は請求の趣旨において一定の境界線を明示する必要はないし、また明示したとしても裁判所はそれに拘束されない。そして私人である原告は公法上の境界線を勝手に移動させることはできないから、請求の認諾や訴訟上の和解の余地はないし、また、境界線についての裁判上の自白に裁判所は拘束されない。——つまり、裁判外でも裁判上でも、もともと当事者が恣意的に変更できない公法上の境界の問題であるから、それについては、訴訟の開始(＝境界線の設定要求)しか処分権主義がおこなわれず」と述べている。もっとも教授自身は、境界確定訴訟における境界確定は「あくまで私的所有権の限界設定であるから、原告は、一定の境界線を明示しなければならぬし、裁判所もまた、それに拘束されることになる。」⁽⁵⁾と云う。地番境界理論を否定すればA B命題も当然に否定されるかともかくとして、地番境界理論を肯定すればA B命題が当然に肯定されるとする点はまったく正しい。

このように地番境界理論を肯定すればA B命題が当然に肯定されるのであるから、すでに地番境界理論を肯定していた最高裁が昭和三八年の判決でB命題を肯定したのはむしろ当然であり、仮にB命題を否定したならそれは地番境界理論と矛盾することになったであろう。それゆえ、田中判事、花村教授が判決理由に賛成するほか、「甲地と乙地との境界線というものは、関係当事者の合意でも左右できない性質を有しているものであること(最二小判昭和三一・一二・二八民集一〇・一六三九頁)を併せ考えると」とか、「公法上の地番と地番との境

界線の発見或は設定であるから、境界線は、当事者の合意によっても左右できないものであり（最一小判昭三一・一二・二八民集一〇卷一二号一六三九頁）」として判決に賛成したことはその点ではまったくもって適切であった。

このように地番境界理論はB命題肯定の決定的な根拠となる。前編の「論点の提示」では、戦前の学説ではこれは論点にならなかったことと、議論の錯綜を避けるためにふれなかったがこれは大きな論点である。

四 それでは境界確定訴訟の対象でも通説に立つAB命題肯定説に属する他の論者も田中判事、花村教授と同様、地番境界理論によってもB命題を根拠づけているであろうか。そのように解される者も存するが、多くの論者は地番境界理論によってもB命題を根拠づけるような議論をしていない。^①それはおそらく（準）請求に関する非訟理論およびB命題は戦前の学説や判例でも認められていたことからすでに自明のことでそれ以上に根拠づけを必要としないと受け止めているためであろう。しかし、それらの論者も、問われればおそらく多くの者が地番境界理論もB命題の根拠であると答えるのではなからうか。なぜなら、境界確定訴訟全体についての通説に属する論者の多くは、この立場の代表者と目されている村松判事のように一方では地番境界理論を採って境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないとしながら、他方ではその境界確定訴訟をまさに当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から正当化するという大きな矛盾を抱えているとは思われず、悩みなく地番境界理論もB命題も肯定した戦前の兼子博士の判例評釈の影響により、たいした悩みなく地番境界理論を肯定しているように思われるからである。^②

五 それはともかくとして、右に述べたように地番境界理論はB命題肯定の決定的な根拠となる。そうすると、それでは地番境界理論は妥当かという問題になる。私は「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か」というタイト

ルの別稿において、当事者の真の紛争は所有権の範囲の争いであるので、この真の争いを可及的に無駄を省きつつ一挙に解決するためには、地番境界理論を否定し、境界確定訴訟の対象たる境界は当事者双方の所有権の範囲を画する境界、すなわち所有権の境界と解すべきであることを詳論した。私はすでにこの理由から地番境界理論に反対であるので、地番境界理論からB命題を導くことにも反対であるが、さらに次の点も指摘することができる。それは、なるほど地番境界理論からは必然的にB命題が導かれるが、しかしB命題が当事者の所有権の範囲の争いの解決において合理性をもつのでなければB命題を必然的に導く地番境界理論を肯定してはならないはずであるということである(むろん私の立場ではたとえB命題が当事者の所有権の範囲の争いの解決において合理性をもつのであっても、前述の理由から地番境界理論は採れないのであるが)。なぜなら、地番の境界は公法上のものであるとはいっても地番の境界は原則的には当事者の所有権の範囲を画しているので地番の境界を確定することは実質的に見ると原則的には当事者の所有権の範囲を確定することになり、それゆえ地番の境界の確定についてB命題を肯定することは実質的に見ると原則的には当事者の所有権の範囲についてB命題を肯定したことになるからである。このように確かに地番境界理論を肯定すればB命題が当然に肯定されるが、逆に言えばB命題が当事者の所有権の範囲の争いの解決において合理性をもつのでなければB命題を必然的に導く地番境界理論を肯定してはならない。

ところが、すでに見たように、花村教授は「境界確定の訴においては、『有利』『不利』の問題はそもそも生じない」として、理論的には境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないからとしてB命題を正当化しようとしており、B命題が当事者の所有権の範囲の争いの解決において合理性をもつという議論は一切行っていないのである。

注

- (1) 花村治郎・判批・法学二八卷四号二二八頁以下(二三二頁)。
- (2) 田中永司・判批・法曹時報一五卷二二号一四〇頁以下(一四二頁)。
- (3) 花村・一三二頁。
- (4) 鈴木重勝「不利益変更の禁止」林屋Ⅱ小島編・民事訴訟法ゼミナール三五七頁以下(三六〇頁)。
- (5) 鈴木・三六三頁。
- (6) 畑・前掲、小川正澄「経界確定の訴についての若干の考察」判例タイムズ一五九号二四頁以下(二八頁、三〇頁)、松津節子「境界確定訴訟」小川英明Ⅱ長野益三編・現代民事裁判の課題①不動産取引七二頁以下(七七頁)。
- (7) 中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木編・民事訴訟法講義(補訂第二版)四四頁(中野貞一郎)、斉藤秀夫・民事訴訟法概論一三〇頁、斉藤編・注解民事訴訟法(3)一六二頁以下(斉藤秀夫)、小室Ⅱ賀集編・基本法コンメンタール民事訴訟法二二八頁(奈良次郎)、三ヶ月章・民事訴訟法第二版(弘文堂)一八七頁、矢代利則・判批・民事研究二二三号三七頁以下(四二頁)、瀬戸正二・判批・法曹時報二〇卷五号二三五頁以下(二三九頁)、住吉博「土地経界確定の訴」民事訴訟法読本五五六頁以下(五七一頁、五七二頁)、奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟法講座4一七九頁以下(一八九頁)、友納治夫「境界確定の訴と取得時効」実例法学全集民事訴訟法上巻二一六頁以下(三二二頁)など。
- (8) 拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(四・完)」琉大法学四八号一七二頁以下参照。

六 否定説

一 さて、それではA B命題を否定する少数説について見てみよう。すでに見たように宮崎判事はA B命題に対しても批判を加えたが、しかし、境界確定訴訟においてA B命題を否定するという点ではなく、「当事者双方の主張する経界線に囲繞された係争地域に対する所有権の帰属の確認を求める訴訟」のみを認め境界確定訴訟自体を否定した。しかしながら、この宮崎判事のA B命題批判は境界確定訴訟においてA B命題を否定する諸説を導いた。それらは、すべて境界確定訴訟の対象について境界確定訴訟の当事者の真の紛争は所有権の範囲の争いであるということから、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であることを認めるという点で共通する。もっとも、このように境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であることを認める立場に立つ論者はすべてA B命題を否定するわけではなく、この立場に立つ論者でもA B命題を肯定する者も存するが、後者については後に述べる。

なお、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であることを認める立場といっても、通説が境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるとする点には異議を唱えないもの（その意味では地番境界理論を否定しないもの）と、この点に異議を唱え境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界ではなく、それとは必ずしも位置が一致するとは限らない所有権の境界であるとするものに分かれるが、前者は地番の境界が分合筆の登記を経ることなく当事者の合意のみで移動することを認めることになる点などに問題があることは別稿で論じたところである。そして、同じことはB命題を否定する点にもいえるのであって、地番の境界についてB命題を否定することは、結局、分合筆の手続きを経ることなしに地番の境界の位置について当事者に処分権を認めたことにな

って不当である。しかし、この立場の問題点は別稿で詳論したので、ここではその点はおいて、この立場と地番境界理論を否定する立場とで区別することなくA B命題否定の理由を見ることにしよう。

二 さて、否定説の最初のもものは小室直人教授の所説であり、「この訴訟は、境界線を確定すると同時に、所有権の範囲を確定する訴訟であり、その故に訴訟手続によらせるものであることからすれば、……原告および被告は一定線を主張し係争地域を明確にしなければ、自己の請求特定しないものと解すべきではなからうか。この訴えが双方の訴たる性質をもち、実質上被告の反訴提起があったと同一に扱うべきものとすれば、被告の反訴申立に当る部分として、被告の一定線の主張をも同等に処遇するのが妥当ではなからうか。かかる解釈を容認すれば、裁判所が原告および被告の主張する一定線に拘束されず、自から正当と認める境界線を確定しうる限界は、原告および被告の主張する一定線に囲まれる部分、すなわち係争部分に限られるとしなければならぬ。その限界を越えることは、たとえその本質が非訟事件であっても、訴訟形式をとる限り、民法一八六条に違反するものと解しなければならぬ。」と述べている。

これは範囲的思考に立ち原告の一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求と見て当事者処分権主義を適用することによりA B命題を否定するという理論構成であるが、その理由はひとつには「この訴訟は、境界線を確定すると同時に、所有権の範囲を確定する訴訟であるからであり、ひとつには「たとえその本質が非訟事件であっても、訴訟形式をとる」からである。このうち前者は、当事者の所有権の範囲が境界確定訴訟の対象であれば当然にB命題が否定されることになると考えなければならぬわけではないので、それだけではB命題否定の理由として十分ではないが、従来の学説が当事者の所有権の範囲は境界確定訴訟の対象ではないとすることによりB命題を正当化しようとしたり、さらには地番の境界は公法上のもので当事者の合意によっても左右できないという

ことによりB命題を根拠づけようとすることに對する批判として見れば重要な指摘であるといふことができる。後者は、B命題を肯定することは境界確定訴訟が「訴訟形式をとる限り、民訴法一八六条に違反する」というのは、もともとB命題肯定説は前編で見たように請求に関する非訟理論により、裁判所による境界確定自体をいわゆる請求と見ることによってこのような批判を回避したのであるし、そもそも「たとえその本質が非訟事件であっても、訴訟形式をとる限り、民訴法一八六条に違反する」というのは本来はB命題を肯定すべきであるが訴訟の形式をとる以上B命題をやむなく否定しなければならないとするかのような印象を与えるので適切ではない。教授は「境界確定訴訟は、裁判所が境界線を非訟的に確定し、換言すれば、形成要件の実体規定がなくても自ら正当と認める境界線を確定」³⁾する訴訟であるとす。これは私のいう境界確定に関する非訟理論を肯定するものである。これに對し、教授はAB命題は認めない。これは私のいう請求に関する非訟理論を否定するものである。それゆえ、「たとえその本質が非訟事件であっても、訴訟形式をとる限り、民訴法一八六条に違反する」とするのではなく、非訟理論を境界確定に関する非訟理論と請求に関する非訟理論とに區別し、前者は肯定すべきであるが後者は否定すべきであると論じるべきであらう。

なお、教授はAB命題の否定にあたり、「被告の一定線の主張をも同等に処遇する」と述べている。当事者間の公平ということからこれは当然に要請されるといえよう。そして教授はそのために「この訴えが双方の訴たる性質をもち、実質上被告の反訴提起があったと同一に扱うべきもの」とする。しかし、被告が一定線を主張しない場合はどのような処置がなされるべきかということについては教授はなんらふれていないが、AB命題否定説ではこの点は当然に問題になる。

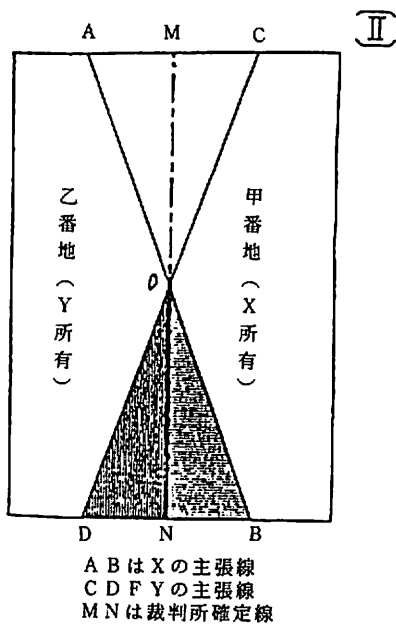
ところで村松判事はもしB命題を否定すれば当事者双方の主張線が交錯する場合にその中間に境界を確定する

ことができなくなるという趣旨のことを述べていることについては前述したが、これにつき小室教授は次のように述べている。

「村松判事の示される〔Ⅲ〕図の如き場合には、

確かに民訴一八六条違反が一部に生じるように見える。すなわち、OBNの地域については、Xの主張以上に、ODNの地域については、Yの主張以上に有利に判決していることになるからである。だがこの設例は、次のように分析される。XはAO線がそのまま認められることを条件として、OB線を主張しているにすぎず、YもCO線の認容を条件として、

OD線を主張しているのであり、したがって、XはAO線が認容されなければOB線の主張を変更するであろうし、Yについても同様であろう。そこにはO点を境とした一種の請求の予備的併合があると解釈できないだろうか。このような予備的併合は、AO線又はCO線の認容に左右され、OB線OD線の主張は不特定の申立とならざるをえない。もしXがAO線の不認容にもかかわらず、OB線の主張をそのまま維持し、YもOD線の主張をそのまま維持すれば、OBDの地域は、X、Yの所有に属しない第三者の地域が介在する如くなり、この部分は不適法の訴えとならざるをえない。したがって、裁判所はONの境界線を確定することはできなくなり、境界の争いのあるのは、AOCの係争地域だけであり、MO線だけが適法正当な境界線であるとしなければならぬ。や技巧にすぎない解釈の感がないでもないが、民訴一八六条の適用上そう解さざるをえない。」



このように小室教授は「予備的併合」という構成によりこの場合にMON線を境界として確定することを可能にしようとする。B命題を否定する立場では確かにこれは考慮に値する議論であろう。

このように小室教授は当事者双方の主張線が交錯し、その中間に真の境界線が存在する場合につき、「予備的併合」という構成により、その位置に境界を確定することを可能とするのであるが、それ以外の場合についても次のような議論をしていることが注目される。「仮に係争地外に客観的に明白な境界線があることが判明すれば、裁判所は積明して当事者の主張を改めさせるべきである。それはいずれかの当事者に必ず有利であるから、その当事者が変更するであろう。」⁽⁵⁾と云うのである。教授は裁判所にこのような積明権を認めるにとどまるのか、それとも積明義務を認めて積明しない場合は上告理由となるとする趣旨かは必ずしも明らかではないが、「裁判所は積明して当事者の主張を改めさせるべきである。」という表現をそのまま受け止めれば後者ということになる。このような積明権、さらには積明義務を認めるということになると、B命題を肯定する立場との差異はそれほど大きくはないことになる。これは重要な点である。

なお、そこには「仮に係争地外に客観的に明白な境界線があることが判明すれば」とあるので、このような扱いをそのような場合に限って認め、裁量で境界を確定する場合には仮にさまざま事実から当事者双方の主張線の範囲外に境界を確定するのが適当と思われるのであっても、裁判所は積明権を行使することなく当事者双方の主張線の範囲内で、それゆえいずれかの当事者の主張線の位置において境界を確定すべきであるということになるのであろうか。

三 森松萬英判事もA B命題を否定する⁽⁶⁾。議論は未整理で難解であるが、結局、民事訴訟の原則に対する例外を認める必要はないというのがその理由である⁽⁷⁾。ということは、判事は範囲的思考に立ち、原告の一定線の主張を

いわゆる請求と見ているわけである。この点は前述の前田判事と同様である。そしてA命題否定については前田判事の議論を引用しているが、「成文法の法律要件事実の主張が法律的主張としての請求であると同様条理に基づく構成要件事実の主張が法律的主張としての請求である。」⁽⁸⁾「原告の主張する一定線の主張は原告の審判によって受くべき条理上の権利の主張である」⁽⁹⁾と述べているのは、前田判事以後に現れた、兼子博士の議論、すなわち形成基準となる法規を欠くから法律的主張としての請求がないとして請求に関する非訟理論を論理必然的に導く議論を批判するものとして注目される。そして、森松判事はB命題については前田判事とは異なりこれを否定する。そして、「前田直之助判事は『旧民訴二二一条(現民訴一八六条)の適用があれば……原告は損はしても得はせぬから原告になる者がない』というのであるが、申立の範囲内で決める当然の結果であり、裁判所はみすみす虚偽の境界を画さねばならぬと説明するが、この点も民訴が絶対的真実を求めていない当然の結果である。」⁽¹⁰⁾と述べている。後半はそのとおりであるが、前半は「原告は損はしても得はせぬ」ということ自体が誤りであることは前述した。なお、山田博士は「相隣地が二個以上にして其経界線が一点に集合し互に屈曲せる場合」B命題を否定すれば境界を確定することが不可能となると論じたが、これに対し、森松判事はそれは誤解であるという趣旨の議論をしている。⁽¹¹⁾しかし、私には森松判事の方が誤解しているように思われる。

四 新堂幸司教授は、「最高裁は境界確定訴訟の特殊性をひとたび認めるとこれをあらゆる問題に無造作に認めていくように見受けられるが、各問題ごとにきめ細かに検討していくのがやはり本筋」⁽¹²⁾であるという鋭い指摘をし、「この種の紛争においては……請求棄却という答え方では紛争は解決されない」ということと、「境界線の立証が困難であるところから、その立証責任を制度的に緩和しておく必要がある、……当事者による立証が困難なときには結局裁判所が合理的な境界線を創設してやらなければならない。」⁽¹³⁾ということは通常の民事訴訟

に対する境界確定訴訟の特殊性として認めるが、「境界確定の訴えの実質は、あくまでも所有権の効力の及ぶ範囲についての私人間の争いであ」⁽¹⁶⁾るといふ立場からその他の特殊性は否定する。教授が否定する特質の中にはむしろA・B命題も含まれている。教授の問題へのアプローチの仕方はまったくもって正当であり、高く評価されるべきであるが、ただ、教授が範囲的思考に立っているかはやや疑問がある。なぜなら、右に述べたように教授は「この種の紛争においては……請求棄却という答え方では紛争は解決されない」から請求棄却はないということと境界確定訴訟の特殊性とするのであるが、範囲的思考によれば範囲は有か無かではなくどの範囲かが問題となるのであるから請求棄却ということはそもそもありえないことであるからである。また教授は「量的な問題として一部認容ということも考えられ」⁽¹⁶⁾とも述べているが、範囲的思考によれば最初から量的な問題であり、これもかえって教授がいまだ完全には範囲的思考に立っていないことを示唆する。これらはおそらく「単なる線」的思考にたった議論に引きずられたためであろうが、範囲的思考に立たなければB命題否定の理論構成は容易ではないであろう。

五 高木積夫判事はA・B命題を否定するが、B命題否定につき、「境界確定は双方申立の訴に属するが、まず原告の前叙形成要件の存否を判断し、それが認容されない場合被告の申立につき判断し、そのいずれも認容されない場合係争地域内で原告申立の一部認容(質的または量的)として境界を確定できると解したい。」⁽¹⁷⁾と述べている。そのうち量的一部認容というのはまさに範囲的思考に立っていることは明かであるが、質的一部認容ということになるとややその点が不明となる。ここは範囲的思考に立って量的一部認容とするのが簡明である。判事はまた、B命題否定につき「原告主張線より所有権の及ぶ範囲として有利な線で確定することは原告が求めている事柄であり、訴の利益は有しない。原告としては、境界は、原告申立線が所有権の及ぶ最も有利な線として申

立てているのであるから、それ以下ではあり得ても、それ以上被告所有地内に入ることはないとの点では当事者間に争いがなく、その意味での境界紛争は存しない。……この関係は被告主張線についても同様である。したがって、当事者双方の申立線ではさまれた係争地域で境界を確定してこそ、当事者の境界紛争を訴訟で解決する法律上の利益が肯定される。」¹⁸⁾と言う。このうち「訴えの利益」と言っているのはそもそも「原告が求めている事柄」であるとする以上、訴訟要件としての「訴えの利益」は問題にならないはずであるので、これは当事者が求めていることについて裁判をするのは実益がないというような意味であろうが、むしろ当事者が求めていることについて裁判をしてはならない(当事者処分権主義)と言うのが適切である。B命題の否定は範圍的思想に立ち、当事者処分権主義をそのまま適用することにより導かれる。ただ宮崎判事のB命題批判について述べたように、裁判の予測の困難ということを考えれば、はたして「原告としては、境界は、原告申立線が所有権の及ぶ最も有利な線として申立てている」といえるかということが問題となるのであり、それゆえB命題を肯定することこそが当事者の真意に沿っているといえないこともないので、右の議論とともに、民訴一八六条の趣旨は相手方に防御の最終目標を提示するということにもあるということから、B命題の肯定はその点での合理性を損なうことをも問題とすべきであろう。

判事はB命題を否定するが、「当事者双方の申立はその意味で拘束力をもち、少なくとも、裁判所が双方申立線で囲まれた係争地域外で境界を設定しようとする場合、積明権を行使し、双方の主張立証をまっぴら判断すべきである」と述べている。¹⁹⁾これは小室教授のように「裁判所は積明して当事者の主張を改めさせるべきである。」¹⁹⁾というのとは異なり積明義務までは認めない趣旨であろうか。なお小室教授は「係争地外に客観的に明白な境界線があることが判明」した場合にのみ積明権を行使すべきとするようにも思われることは前述したが、判事はこ

のような限定するかのような表現はしていない。

なお、判事は境界確定訴訟の法的性質が形式的形成訴訟であることを争い、形成要件は存在するので通常の形成訴訟であるから民訴一八六条の適用はあるとともに、仮に形式的形成訴訟であるとしても民訴一八六条の適用はあると論じている。²⁰⁾後半はそこで言う形式的形成訴訟とは私の言う境界確定に関する非訟理論のことであり、そこには境界確定に関する非訟理論と請求に関する非訟理論とを区別するという発想が見られる。

六 宮川種一郎判事は境界確定訴訟は原告主張線と被告主張線には含まれた係争地（判事はこれを境界帯と呼ぶ。）の所有権を配分する訴訟であるとする。²¹⁾それゆえ、当然にA B命題は否定される。

七 花田政道判事は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界ではなく、「私権対象の土地境界」²²⁾、すなわち所有権の境界であるとするが、今の問題については、「弁論主義、処分権主義に対する解答はおのずから明らかである。²³⁾」とだけ述べている。しかしながら、読者にとっては判事の見解は「おのずから明らかである。」とはいえない。なぜなら、一方では境界確定訴訟の対象は所有権の境界であるから弁論主義、処分権主義は当然適用されると読めるとともに、他方では判事は境界確定訴訟の法的性質については通説と同様、形式的形成訴訟とするので、境界確定訴訟の対象は所有権の境界であるが境界確定訴訟の法的性質は形式的形成訴訟であるので弁論主義、処分権主義は当然適用されないと読めるからである。後者のように解する者もいるが、²⁴⁾通説の弁論主義、処分権主義について判事は批判的に紹介していると読めるし、境界確定訴訟の法的性質は形式的形成訴訟であるとするのは私のいう境界確定に関する非訟理論のみを考えてのことであることは明らかであるので、前者と解するのが正しいと思う。なお、「弁論主義」というのは広義のそれで今の問題はこれに含まれている。

八 岡村旦判事も境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であるという立場からA B命題を否定す

る。そしてB命題について、これを認めると「当事者に不意打ちを与えることにな⁽²⁵⁾り」、「相手方の防御の機会を失わせるとともに」係争地域外の権利関係についての「当事者双方の……：自白を完全に顧慮しないもので⁽²⁶⁾」不当であるとす。これはB命題の否定を一定線を主張する当事者の意思によってだけではなく、相手方の防御の機会という観点からも根拠づけようとするもので注目に値する。なお、判事は「小室氏のいわれるようになり係争外に客観的に明白な境界線があることが判明すれば、裁判所は釈明して当事者の主張を改めさせるべきである⁽²⁷⁾。」とするほか、次のように述べている。「境界というものは当事者にすらもともと不明確なものであるから、その申立を一定の線で明示させることは時として難きを強いるもので、前記の通りその申立線の周縁近くはその主張の所有係争地域の一部が認められない時は当然主張するであろう他の部分の境界線(前述⑤図)位は認定しても、申立の範囲を越えたことにはならないなどの幅を認めた上で、その程度の境界線についてのいわば概括的申立は要するとした方が、……：係争地域を明確にさせ検証をする上にも便宜であろう⁽²⁸⁾。」このうち、「(前述⑤図)」とは当事者双方の主張線が交差する場合であり、その場合につき判事は論文の別の箇所では小室教授の見解を「巧妙な卓見と思う⁽²⁹⁾」と評価しているが、小室教授のように予備的併合という表現ではなく「概括的申立」という表現を用いている。

九 前述のように、鈴木重勝教授は境界確定訴訟が公法上のものである地番の境界を確定する訴訟であればAB命題が肯定されるが、境界確定訴訟における境界確定は「あくまで私的所有権の限界設定であるから、原告は、一定の境界線を明示しなければならぬし、裁判所もまた、それに拘束されることになる⁽³⁰⁾。」と述べている。地番境界理論からAB命題が必然的に導かれるという指摘は正しいが、反対に地番境界理論を否定すればAB命題が当然に否定されるかという点、そうとはいえないであろう⁽³¹⁾。

注

- (1) 拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(三)」琉大法学四七号三七頁以下。
- (2) 小室直人「境界確定訴訟の再検討」中村古稀民事訴訟の法理一一五頁以下(一五〇頁)
- (3) 小室・一四四頁。
- (4) 小室・一五〇頁、一五一頁。
- (5) 小室・一五二頁。
- (6) 森松萬英「境界確定事件に関する研究」司法研修報告書一三輯四号。
- (7) 森松・一八七頁。
- (8) 森松・一六六頁。
- (9) 森松・一六六頁。
- (10) 森松・二一六頁。
- (11) 森松・二一六頁。
- (12) 新堂幸司・判批・法学協会雑誌八六卷二号二五九頁以下(二六五頁)。
- (13) 新堂・二六五頁。
- (14) 新堂・二六五頁。
- (15) 新堂・民事訴訟法(第二版補正版)一四七頁。
- (16) 新堂「民事訴訟と紛争の解決」書記官研修所報三二号(創立三〇年記念)五二頁。
- (17) 高木積夫「境界確定訴訟と処分権主義」判例タイムズ二〇一号一六八頁。

- (18) 高木・一六八頁。
- (19) 高木・一六八頁。
- (20) 高木・一六八頁。
- (21) 宮川種一郎「境界確定訴訟の再評価」判例タイムズ二七〇号四九頁以下(五六頁)。
- (22) 花田政道「土地境界確定訴訟の機能」不動産法体系VI一一六頁以下(一二八頁)。
- (23) 花田・一二九頁。
- (24) 小川英明「境界確定訴訟」藤田耕三Ⅱ小川英明編・不動産訴訟の実務三三九頁以下(三五六頁)。なお、小川判事が宮川判事の説をも同様に解するのは明らかに誤りである。
- (25) 岡村旦「境界確定訴訟雑感」判例時報九七七号七頁以下(九頁)。
- (26) 岡村・一一頁。
- (27) 岡村・一一頁。
- (28) 岡村・一一頁。
- (29) 岡村・八頁。
- (30) 鈴木・前掲三六三頁。
- (31) 以上、A B命題を否定する少数説を見て来たが、結局、所有権の範囲を理論的にも境界確定訴訟の対象として認めることがA B命題の否定に大きく作用しているといえよう。このように所有権の範囲を理論的にも境界確定訴訟の対象として認めることがA B命題の否定に大きく作用しているということになると、「争アル所有権ヲ基礎トシテ経界ノ確定ヲ請求スル場合ニ於テ」もB命題を肯定した大正一二年の大審院

判決は不可解な判決ということになる。そのためであろうか、大正一二年の大審院判決は実はB命題を肯定したものではないという議論さえ見られる。すなわち、宮川判事が「この判決は、少し前の、境界線は主張に拘束されずに確定できるが、その範囲は当事者の主張範囲内に限られるとする大九・三・四の判示には触れていないが、これを承認しているものとみられる。」(前掲五〇頁)と述べているのは判決文をよく読んでいないもので論外であるが、花田判事は「右文言にもかかわらず、当事者双方の係争する範囲外で確定できる趣旨とは解し難いものであった。」(前掲一二四頁)と述べ、新堂教授も「一八六条の適用なしとしているが、被告主張の境界線を認めたものであり、係争範囲外に線をひくことまで許す趣旨とよむべきではない」(前掲民事訴訟法一二四頁)と述べているのである。しかし、大正一二年の大審院判決ははっきりとB命題を肯定しているのであるから「文言にもかかわらず」善解するのは正しい解釈態度とはいえない。前述のように大正一二年の大審院判決は誤解か、理論の一貫性のためにB命題を肯定したのである。

ちなみに、大正一二年の大審院判決に対するこのような学説による不正確な位置づけは、小室教授が「この連合部判決は、裁判所は当事者の主張した一定線に拘束されないことは明示しているが、それまで繰返し当事者の主張する範囲内、すなわち係争地内に拘束されるとする判例があったにもかかわらず、それも拘束しないか否かは明確にしていけない。」(前掲一三五頁、一三六頁)と述べていることに影響されたものであろうが、判決は明確にB命題を肯定している。

七 境界確定訴訟の対象では少数説に立つ肯定説

一 以上の否定説に対し、所有権の範囲を理論的にも境界確定訴訟の対象として認めながらA B命題を肯定する立場、すなわち境界確定訴訟の対象では少数説に立ちながら今の問題については通説に与する説も存在する。

二 飯塚重男教授は「境界確定訴訟において民訴法一八六条の適用がないのは、境界の確定が裁判官の裁量によらざるをえないところにその根拠がある。」と述べている。これは境界確定訴訟の対象の問題については態度を明確にしていない竹下守夫教授の所説⁽²⁾に従ったものであるが、所説は簡略に過ぎ、その趣旨は必ずしも明らかではない。

まず、それはB命題を肯定するものであることは明らかであるが、B命題をそれとして肯定するのか、それともB命題はC命題に包摂されて独自の意義を有さないのか。これは「民訴法一八六条の適用がない」ということの意味、ひいては反対に「民訴法一八六条の適用」があるということの意味にかかっている。もし「民訴法一八六条の適用」があるということが原告の主張線以外の線を境界として確定することはできないということであれば、「民訴法一八六条の適用がない」とはその反対に原告の主張線以外の線を境界として確定することができるということであり、そこではB命題の肯定は独自の意義を有さない。これに対し、「民訴法一八六条の適用」があるということが原告の主張線以外の線を境界として確定することはできるが、しかし原告の主張線を越えてはならないということであれば、「民訴法一八六条の適用がない」とはその反対に原告の主張線を越えてもよいということであり、これはまさにB命題の肯定にほかならない。結局、教授は「単なる線」的思考に立っているのか、それとも範囲的思考に立っているのかということになる。後者かとも思われるが、はっきりしない。

次に、民訴法一八六条の適用がないのは、「境界の確定が裁判官の裁量によらざるをえないところにその根拠がある。」というが、なぜ「境界の確定が裁判官の裁量によらざるをえない」ことが民訴法一八六条の適用がないことの根拠となるのか即座には理解できない。それが「境界の確定が裁判官の裁量によらざるをえない」のであるから当然に民訴法一八六条の適用がないというのであれば境界確定の方法と今の問題とを混同するものであり不当である。これに対し、境界の確定は裁判官の裁量によらざるをえないので、原告としては裁判の予測が困難であり、それゆえ民訴法一八六条の適用があるとすれば原告に酷であるからというのであればそれは考慮に値する。しかし、その原告に酷ということの意味が問題である。それは原告の主張線が境界と認められない場合は原告の請求を棄却しなければならぬから酷ということであろうか、それとも原告の主張線を越えては境界を確定することはできないから酷ということであろうか。それは、結局、教授が「単なる線」的思考に立っているのか、それとも範囲的思考に立っているのかによるのであるが、右に述べたとおりその点は明らかでない。

三 松浦馨教授は次のように述べている。「境界確定訴訟も普通の所有権確認訴訟と同じく、所有権に関する確認訴訟である。境界確定訴訟が異なるのは、ここでは所有権の限界ないし範囲が争われており、その点について起訴の段階で特定主張させることは無理であるため、原告は必ずしも最初から境界につき一定の主張をすることを経せず、裁判所もこれに拘束されない点にある(民訴一八六条の不適用)^③」教授の所説も簡略に過ぎ、その趣旨は必ずしも明らかではない。すなわち、教授はA命題を肯定するが、B命題についてはB命題はC命題に包摂されて独自の意義を有さないのか、それともB命題をB命題として肯定するのか、要するに教授は「単なる線」的思考に立っているのか、それとも範囲的思考に立っているのかは、竹下教授、飯塚重男教授と同様、後者かとも思われるが、はっきりしない。これに対し、教授が境界確定訴訟では「起訴の段階で特定主張させること

は無理である」と述べていることは裁判の予測が困難であることをA命題を肯定する理由にしていることがほぼ明らかである。ただ、「特定主張させることは無理である」、すなわち特定主張させることは原告に酷であるというこの意味は教授が「単なる線」的思考に立っているのか、それとも範圍的思考に立っているのかによってかなり異なるのである。また、「起訴の段階で特定主張させることは無理であるため、原告は必ずしも最初から境界につき一定の主張をすることを要せず、裁判所もこれに拘束されない」ということは、「起訴の段階」では原告は一定線を主張する必要はないし、たとえ原告が一定線を主張しても裁判所はそれに拘束されないというにすぎず、訴訟のいずれかの段階では原告は一定線を主張しなければならぬし、裁判所もそれに拘束されるというのであろうか。もしそうだとすれば、これは従来のA B命題肯定説と否定説のいずれでもなく、その中間的な説ということになり、注目に値する。ちなみに、松浦教授は確認訴訟に立つ。

四 林伸太郎助教授は境界確定訴訟の諸問題を境界確定訴訟の対象の問題と境界確定訴訟の法的性質の問題に區別して論じているが、後者については通説が上訴審における不利益変更禁止の原則を適用しないとする点だけに批判しておらず、それゆえA B命題を肯定するものようである。A B命題を肯定する理由は境界確定訴訟の法的性質が形式的形成訴訟であることにあるようである。しかし、私見によれば境界確定訴訟の法的性質が形式的形成訴訟か否かは最後に説明の問題として論じるべきものであり、それよりも境界確定に関する非訟理論と請求に関する非訟理論とをはっきり區別して、そのおのおのにつき当否を論じることこそが今は必要である。

五 小川英明判事は境界確定訴訟の法的性質が形式的形成訴訟であることもA B命題を肯定する理由としているが、むしろA B命題を肯定すべき実質的な理由を挙げている。すなわち、A命題については、(ア) A命題を否定すると「当事者が特定の境界線を主張しない場合、それが被告である場合まで含めて考えると、……どのよ

うに訴訟上取扱うのか問題があろう。」(イ)「特定の境界線は当事者双方にとって明確でないという場合もある」(ウ)「特定の境界線の主張がなくても、係争の隣接両地が示されていれば、最も有利な境界線を主張しているとは解されなくはないともいえよう。」と述べ、B命題については、(エ)B命題を否定すると「裁判所が係争地域外に正しい境界線を発見した場合や、後に述べるような境界確定基準に照らしてこれを設定しようとするときに、例えば自然的な地形からみて相当と認められる境界線が係争地域から一部はみ出す結果になるというような場合などにもその境界線を採用できないという不都合な結果を生ずることが考えられる。」と述べている。⁽⁶⁾

これらについて検討すると、まず(ア)のうち原告が一定線を主張しない場合の取り扱いは請求の特定なしとして訴状を却下することが考えられるのであまり問題ないが、被告が一定線を主張しない場合の取り扱いは確かに判事の言うように問題があり、これは今の問題にとってひとつの論点であろう。次に(イ)については当事者にとって一定線が境界であることの確信がなくても主張の上限を明らかにすることは可能ならずであり、それが論点になる。次に(ウ)は、当事者が一定線を主張していなくても最も有利な境界線を主張していると解されなくはないと言うのであるが、それはむしろA命題を否定する立場において当事者が一定線を主張しない場合の処理の仕方として論じられるようなことであって、A命題の根拠とはなりえない。⁽⁷⁾ それにB命題を肯定するのであれば最も有利な境界線を主張していると解する必要はない。(エ)についてはそれらの場合に当事者の主張線を越えては境界を確定することができないということがなぜ「不都合」なのかという理由が重要なのにそれが示されていない。

六 佐々木吉男教授もB命題を肯定する。⁽⁸⁾ 教授は境界確定訴訟の対象について通説は境界は所有権とは無関係であるとしていると批判しているので、境界確定訴訟の対象では少数説に立つといってよく、それゆえこのグルー

プに入れてよいであろう。教授は境界確定訴訟の訴訟としての種類を確認訴訟と⁽¹⁰⁾解し、しかしB命題を肯定する。教授は言う。「本質的に民事訴訟なのであるから、当事者は主張立証しなければならないが、裁判所は当事者の主張に拘束されず、また、請求棄却はないと解する。その理由は、非訟であるからではなく、相隣地である以上必ず境界線は存在するものであるし、請求を棄却するとすれば裁判所の判断と一致するまで（それは不可能に近い）訴訟の繰り返しを強要することになるのみならず、当事者の主張立証によって勝敗を決定しなければならぬほどこの訴訟に処分権主義や弁論主義を絶対視する必要はないからである。なぜならば、境界紛争は当事者の取引に起因する取引紛争ではなく非取引紛争たる関係紛争類型に属するので、処分権主義や弁論主義の程度を変え得ないわけではなく、紛争の質および境界線というものの性質を考えると、取引紛争を対象とする訴訟における場合と同一の処分権主義や弁論主義を採用することはかえって合理的でないと考えられるからである。⁽¹¹⁾」

教授のB命題肯定の理由は、「請求を棄却するとすれば裁判所の判断と一致するまで（それは不可能に近い）訴訟の繰り返しを強要することになる」ということと、「境界紛争は当事者の取引に起因する取引紛争ではなく非取引紛争たる関係紛争類型に属するので、……：取引紛争を対象とする訴訟における場合と同一の処分権主義や弁論主義を採用することはかえって合理的でない」ということの二点である。そのうち、前者は「単なる線」的思考に立つものであり、B命題はC命題に包摂されて独自の意義を有していない。後者は非取引紛争を対象とする訴訟は取引紛争を対象とする訴訟における場合と同一の処分権主義や弁論主義を採用することはかえって合理的でない、⁽¹²⁾というのはいはそういえるかも知れないし、あるいはいえないかも知れないが、しかし教授が述べているのは前者であるという結論であって、その理由は何かが問題であるのに、それについて教授は明らかにしていない。

なお、引用した文章の冒頭には「本質的に民事訴訟なのであるから、当事者は主張立証しなければならぬが」とあるので、教授はA命題は否定するのであろう。このようにA命題は否定しB命題は肯定する点では戦前の前田判事の所説と同様であるが、前田判事の所説について述べたように、原告は一定線を主張しなければならぬが裁判所はそれを越えて境界を確定することができるということは果たして矛盾しないかということはやはり問題とならう。とりわけ佐々木教授のように一方では非取引紛争だからとしてB命題を肯定し他方では本質的に民事訴訟だからとしてA命題を否定するのは相当な説明が必要である。

七 石川明教授は所有権の範囲を理論的にも境界確定訴訟の対象として認めるわけではないが、通説とは異なり境界についての訴訟上の和解を有効とする⁽¹⁾。前述したように、境界は公法上のものであり、当事者の合意によっても左右できないので訴訟上の和解は無効であるとするのであれば、B命題は当然に肯定される。これに対し、教授のように境界は公法上のものであるが訴訟上の和解は有効であるとすると、B命題は当然に肯定されるということにはならない。それゆえ、今の問題との関係では境界確定訴訟の対象に関する教授の立場は通説ではなくむしろ少数説として位置づけた方がよいと思われる。

教授はA命題は肯定するが、B命題は否定すべき場合と肯定すべき場合があると言う。それゆえ教授の所説はB命題については肯定説と否定説のいずれでもなく、その中間的な説ということになる。次にように述べている。「一定線の申立は不要であるが、申立をした場合、民事訴訟法第一八六条がこれに適用されない結果、それが裁判所を拘束しないと一般に説かれている。たしかに土地の境界なるものはがんらい公法上の問題ではあるが、つまるところ私的利益に関するものである。境界は当事者の処分不能なものとはいっても、分筆と合筆により境界を動かすことは可能である。したがって、私は一定線の申立が、とくに申立の限度を画するためになされ

ているとみられる場合は、民事訴訟法第一八六条の適用ありと解する。さにあらざる場合は、それは単に攻撃・防御方法にすぎないと解すべきであらう。⁽¹⁵⁾」

この叙述は次のように分析することができる。まず、a「申立をした場合、民事訴訟法第一八六条がこれに適用されない結果、それが裁判所を拘束しないと一般に説かれている」というのは、一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求としながら、民訴一八六条は適用されないとするもので、私のいう準請求の関する非訟理論である。次に、b「一定線の申立が、とくに申立の限度を画するためになされているとみられる場合は、民事訴訟法第一八六条の適用ありと解する。」というのは、一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求とし、民訴一八六条を適用するということである。その場合、「単なる線」的思考に立つならば原告の主張線が境界と認められない場合は請求を棄却すべきことになるが、教授がこのように請求を棄却すべきであるとすることは文脈からして明らかであり、教授は範囲的思考に立ち原告の主張線を越えては境界を確定できないとするものであることは疑いない。しかしながら、それに対するアンチテーゼとしてこのbを提示したところのaの一般的な見解は今日においても「単なる線」的思考に立つものが多く、最高裁判決もそうである。それゆえ、ここでは単に民訴一八六条を適用するか否かのみならず、「単なる線」的思考に立つか範囲的思考に立つかということも関わっているということに注意しなければならない。最後に、c「さにあらざる場合は、それは単に攻撃・防御方法にすぎないと解する。」というのは、一定線の主張は単なる攻撃・防御方法であって、ともかくどこかに境界を確定せよということが、すなわち裁判所による境界確定を求めることがいわゆる訴訟上の請求であるので、当事者の主張線を越えて境界を確定することもできるというもので、私のいう請求の関する非訟理論である。教授は範囲的思考に立つので、ここではまさにB命題を肯定するために請求に関する非訟理論が採られていることにな

る。なお、このcは文脈からするとbとの対比では民訴一八六条は適用されないとするかのようにも読めるが、そうではなく当事者の主張線を越えて境界を確定しても民訴一八六条に反しないことになるはずである。

結局、教授は境界確定訴訟においても民訴一八六条の適用はあり、ただ、一定線の主張がいわゆる訴訟上の請求であり、それを越えて境界を確定することはできない場合と、一定線の主張が単なる攻撃・防御方法であり、それを越えて境界を確定することができる場合とがあるとし、前者か後者かは一定線の主張が「とくに申立の限度を画するためになされているとみられる」か否かにより決まるとするものであるということが出来る。当事者の意思により一定線の主張がいわゆる訴訟上の請求であったり、単なる攻撃・防御方法であったりするというこの理論構成はともかくとして、当事者の意思により主張線を越えて境界を確定することができる場合とできない場合がある、すなわち主張線を越えて境界を確定することが当事者の意思に反する場合にはできず、反しない場合はできるというのは一考に値する。なぜなら、なるほど一定線を主張する当事者の意思としてはいずれもありうると思われるからである。ただ、相手方に防御の最終目標を提示するという観点からすると、やはりB命題を肯定する場合はその点での合理性を損なうことになる。しかも、当事者の意思というのが相手方に明示されなくてもよいのであれば、教授の所説は肯定説と否定説のいずれでもなく、その中間的な説といっても、B命題を常に肯定する説とあまり違わないくらい合理性を損なうことになる。

注

(1) 飯塚重男「境界確定訴訟」新版・民事訴訟法演習1一二〇頁以下(一二九頁)。

(2) 竹下守夫・判批・法学協会雑誌八二巻四号一一九頁以下(一二三頁)。

(3) 松浦馨「不利益変更禁止の原則」セミナー法学全集7民事訴訟法二二六頁以下(二三九頁)。藤井彦一郎「不利益変更の禁止」民事訴訟法の争点二九一頁はこれに賛成する。なお兼子||松浦||新堂||竹下・条解民事訴訟法一一九一頁(松浦馨)は民訴法一八六の適用に関しては「特段の事情ありと考えられる」とだけ述べているが、同趣旨であろう。なお、松浦教授の所説については後述一〇注(32)も見よ。

(3a) 井上治典「請求とその特定」法学セミナー一九八二年二月号五六頁が、「いわゆる境界確定訴訟は、審判の範囲がどこまでかを画定すること(境界線の主張)について、両当事者がかなりゆるやかな責任しか負わない紛争類型の一つと考えられる」と述べているのは、文脈からするとこのような趣旨とも思われる。

(4) 林伸太郎「境界確定訴訟に関する一考察(一)」法学四八巻三八九頁以下(四三四頁―四三七頁)。

(5) 林・四三七頁、林「境界確定訴訟に関する一考察(三・完)」法学四九巻三〇五頁以下(三四五頁)。

(6) 小川英明・前掲三五五頁、三五六頁。

(7) ちなみにA命題を否定する立場において当事者が一定線を主張しない場合の処理の仕方として考えればどうであろうか。なるほど隣接する両土地は特定されているので係争地が特定されていなくてもその場合は「最も有利な境界線」が主張されていると見ることは不可能ではない。その場合、「最も有利な境界線」とは相手方の所有権範囲の反対側の限界線ということになりそうであるが、そうなると相手方の所有権はまったく存在しないと主張していることになり、これは相手方との間の境界の確定を求めるということと矛盾するので、相手方の所有権範囲の反対側の限界線に限りなく近い線と言わねばならないであろう。そのように解したうえでこれを見ると、なるほどこれは検討に値する見解である。しかし、このように「最も有利な境界線」が主張されていると解することはほとんどの場合、当事者の意思に沿わないと思われる

し、また訴訟費用の負担が当事者双方の主張線と裁判所が認定した境界線の関係で決まるとすれば実際には到底認められない「最も有利な境界線」が主張されていると見做されることはその当事者にとってかえって不利益でもあるので、あまり適当な処理の仕方とは思われない。

(8) 佐々木吉男「境界確定訴訟の再吟味」民事研修一九〇号二七頁以下、同「不利益変更禁止」小室編・判例演習講座民事訴訟法三四七頁以下、同「形式的形成訴訟の上訴」小室・小山選暦裁判と上訴(中)六一頁以下。

(9) 佐々木「境界確定訴訟の再吟味」民事研修一九〇号三七頁。

(10) 佐々木「境界確定訴訟の再吟味」民事研修一九〇号三九頁、同「不利益変更禁止」小室編・判例演習講座民事訴訟法三五六頁、同「形式的形成訴訟の上訴」小室・小山選暦裁判と上訴(中)七四頁。

(11) 佐々木「形式的形成訴訟の上訴」小室・小山選暦裁判と上訴(中)七四頁。同「不利益変更禁止」小室編・判例演習講座民事訴訟法三五七頁、同「境界確定訴訟の再吟味」民事研修一九〇号三九頁も同旨。

(12) 佐々木「紛争の類型化と訴訟制度の対応」民事訴訟雑誌一七号七三頁以下でも少なくとも今の問題に関する限り明らかにされていないと私は思う。

(13) 石川明「境界確定の訴と取得時効の主張」伊東ほか編・法学演習講座㊸民事訴訟法二一八頁以下(二一九頁以下)。

(14) 石川・二二六頁。

(15) 石川・二二六頁。

八 奈良教授の所説

以上、見てきたように、境界確定訴訟の対象では少数説に立つものの中にもA B命題を肯定するものが存するのであり、A B命題肯定説は支配的な見解といえることができるが、最近、奈良次郎教授(論文発表当時は判事)は境界確定訴訟全体における通説の立場に立ちつつもA B命題の肯定につき、従来の通説からすれば幾分トーンダウンしたような議論をしていることが注目される。すなわち、A命題については、一定線を主張しなくてもよいとはいっても、それは一定線を主張しなくても不適法却下されないというだけであって、裁判実務においては当事者双方に一定線の主張をさせており、「又、それも当然のことなのである。けだし境界線の不明ないし争いが生ずるのは、双方の思い、考える境界線が相互に利害対立することから紛争が生ずることは、前述したとおりだからである。」³と言い、またB命題については、当事者双方の主張線の範囲外に境界を確定することができる³といっても、「係争地の範囲を超えて境界が認定又は確定されるというのでは、当事者にとっては、ときには紛争を広めることになり、新たな飛び火を生ぜしめるおそれがあることになり、予想外の事態ということになる³。」³そこでそういう場合は「できれば裁判所が釈明権を行使して、係争地域を拡大させ、申立てを訂正させるのが裁判実務上最も妥当な一つの方法であることはいうまでもない。当事者に対し予想外の不意打ちを与えるのは、たとえ裁判所のすべき判断であっても望ましいことではないからである。」⁴と云うのである。

このように教授はA B命題の問題点を指摘し、実務における運用においてその点について配慮することを求めている⁵。そのうちB命題についてはB命題を否定しつつも当事者双方の主張線の範囲外に境界が存する場合は裁判所は釈明して当事者の主張を改めさせるべきであるとする小室教授などの所説の影響が見られるが、小室教授

の所説との実質的な差異は裁判所の釈明にもかかわらず当事者が主張を改めない場合に生じるほか、B命題を肯定する奈良教授においては釈明せずに当事者の主張線を越えて境界を確定した判決を違法とするわけにはいかならずなので、裁判所に釈明義務を認めることはできないという点に存することになる。しかしながら、裁判所に釈明権を認めるといつてもB命題を肯定する奈良教授の立場においては釈明権の行使を受ける当事者の利益のためにではなく、その相手方の利益のために釈明権を行使するということになりおかしなことになる。それゆえ釈明権を行使するとしても、それはむしろ直接、相手方に対して反論の機会を与えるというものでなければならぬであろう。

それはともかく、B命題を肯定してもこのように運用において配慮することになると、B命題を否定する立場、とりわけ小室教授などのようにB命題を否定しつつも運用において配慮する立場とかなり接近することになる。

それではこのようにA B命題の問題点を指摘し、実務における運用において配慮することを求める教授のA B命題肯定の理由は何であろうか。A命題についてはふれていないが、B命題についてはわずかに次の叙述が見られる。「ただ、このことから直ちに、当事者の申立てに拘束力を認むべきかは別個の問題であろう。当事者の申立てに拘束力を認めるとすれば、些少な違反も、違法な裁判となるが、そこまで当事者の申立てに拘束力を認めるのは境界確定訴訟の目的、性質からみて疑問であり、むしろ、裁判所がその点に考慮を払って、運用をすべき指針として考慮すればよいと考えたい。」と。それではその「境界確定訴訟の目的、性質」とは何であろうか。

それが明らかでないが、もしそれが最高裁判昭和三八年一〇月一五日判決が引用する大審院大正二二年六月二〇日民事連合部判決のいう「経界確定ノ訴訟ノ目的」と同じであれば、それは「両隣地間ニ於ケル経界ノ不明ニ起因

スル爭議ヲ根絶シ双隣者ノ權利狀態ヲ平安鞏固ナラシムル」ということを意味することになるが、前述のようにこれはB命題を肯定する理由とはなりえないし、また、もしそれが形式的形成訴訟ということを目指すのであれば、まず抽象的に法的性質を決めて、そこから具体的帰結を導くことを肯定することになる。また、「些少な違反も、違法な裁判となるが、そこまで当事者の申立てに拘束力を認めるのは」というのは「些少な違反」の場合のみ適法とする趣旨であろうか。もしそうだとすれば「些少な違反」か否かをどのように区別するかという問題のほかに、「些少な違反」の場合のみ適法とすることの根拠づけが必要となる。少しならいいではないかという議論に対しては少しでもいかにという議論が常に対峙するので、この根拠づけは容易ではない。しかも、境界確定訴訟の対象は地番の境界であるということからすれば些少とはいえない違反の場合には違法とは言にくいであろう。もし「些少な違反」の場合のみならず些少とはいえない違反も適法とするのであれば、些少な違反の場合も採り挙げてB命題を正当化することはできないはずである。ただ、些少とはいえない違反も適法ではあるが、実際には仮に主張線を越えて境界を確定することがあるとしても、それはわずかに越えているというのがほとんどであろうからその場合を主として念頭において考えてよいのであれば、それはそれで理解できる。

なお、教授は当事者双方の主張線の範囲外に境界が存するということは実際にはほとんどないと言いつつ、その意味では、当事者の申立てに拘束力があるかどうか(民訴一八六条)の問題は、大部分のケースでは問題とならず、裁判実務上のウェイトは低いといえるかも知れない。³⁾と述べている。前述のように昭和三八年の最高裁判決は原審の判断によれば当事者双方の主張線の範囲外に境界が存する事案についてのものではあったが、しかしそれでもそれは例外であり、教授の言う通りであろう。しかし、そのことから、だから肯定説でいいとか、反対に否定説でいいということにはならない。まさに例外の場合についてどうするかが今の問題だからである。もっと

も、教授もだから肯定説でいいと言うのではないであろうが。

注

- (1) 奈良次郎「境界紛争に関する訴えについての若干の考察(上)(中)(下)」判例時報一二二二号一四八頁以下、一二二四号一四八頁以下、一二二七号一四八頁以下。
- (2) 奈良・一二二二号一五一頁。
- (3) 奈良・一二二四号一五〇頁。
- (4) 奈良・一二二四号一五一頁。
- (5) ところでB命題に関するもう一つの配慮の仕方として教授は当事者が一定線を主張する際に「余程不合理な主張をしていないかぎり、あるべき境界線は自ら係争地域内にある」はずなので、主張の根拠となっている諸事実を詳細に陳述させることにより合理的な主張をさせるべきであると述べている(一二二四号一五〇頁)(同旨、松津・前掲七三八頁、七三九頁)。しかし、根拠のない不合理な主張をすればほとんどの場合は過大な主張となり、それゆえあるべき境界線はその範囲内に当然存することになるのであって、かえって判事の言うように主張の根拠となっている諸事実を詳細に陳述させると係争地域は狭くなりあるべき境界線がそこからはみ出すことが生じやすくなるのではなからうか。
- (6) 奈良・一二二四号一五一頁。
- (7) 奈良・一二二四号一五〇頁。

九 戦後の学説と判例の要約

一 宮崎判事は非訟理論およびA B命題を批判する。そのうち有効な批判と思われるのは、(a) 実質非訟の境界確定訴訟の実際的必要性はなく、(b) B命題は当事者の意思に反し、(c) A B命題は境界確定訴訟と所有権確認訴訟の併合の場合に困難を生じる、といったものであるが、さらに、(d) 境界確定訴訟は理論的には当事者の所有権の範囲とは無関係であるということをもってB命題を肯定することは当事者の意思に反するという批判も行っているようにも思われる。このうち(b)については、確かにそのような批判は成り立つが、雄本博士がB命題を否定することは「原告ノ欲スル所ニアラサル」としたように、裁判の予測の困難ということを考えればB命題を肯定することこそが当事者の真意に沿っているといえないこともないので、この批判とともに、民訴一八六条の趣旨は相手方に防御の最終目標を提示するということにもあるということから、B命題の肯定はその点での合理性を損なうことをも問題とすべきであろう。このように判事はA B命題を批判するが、境界確定訴訟においてA B命題を否定するというのではなく、「当事者双方の主張する経界線に圍繞された係争地域に対する所有権の帰属の確認を求める訴訟」のみを認め境界確定訴訟自体を否定する。それは主として境界確定訴訟の対象の関係からであるが、「単なる線」的思考から抜け出すことができず境界確定訴訟ではB命題を否定する余地はないと考えたようであることも境界確定訴訟自体を否定する動機になつたように思われる。

二 境界確定訴訟全体についての通説の代表者と目されている村松判事は、境界確定に関する非訟理論についてはその実際的必要性を説いているが、準請求に関する非訟理論およびA B命題については、当事者双方の主

張線が交差し、しかも真の境界は双方の主張線の中間に存するという特殊な場合についてはB命題の実質的必要性を説いていることになるが、それを除けば請求に関する非訟理論およびA命題は正しいというだけでその理由を示していない。村松判事は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないとしながらも、当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から地番の境界を確定する訴訟を正当化し、また範囲的思考に立つために、従来の学説のように境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないからとか、「単なる線」的思考によりB命題を正当化することはできないので、B命題肯定の別の理由を示さなければならぬのであるが、それを示していないのである。それどころか、B命題を肯定することは問題ではあるとするかのような叙述さえ見られる。このように積極的な理由なしにA命題を肯定するのは、他の論者と同様、判事にも境界確定に関する非訟理論と（準）請求に関する非訟理論とを区別するという発想がないために、前者を肯定する以上、後者も肯定しなければならないと考えたものと思われる。

三 最高裁昭和三八年一〇月一五日判決はB命題を肯定した大正一二年の大審院判決および昭和一年の大審院判決を引用して請求に関する非訟理論およびB命題を肯定し、そこからさらに上訴審における不利益変更禁止の原則の不適用を導いた。本判決は「単なる線」的思考に立っており、また境界確定に関する非訟理論と請求に関する非訟理論とを区別することなく一体のものとして論じているようであり、変更後の大審院の立場をそのまま踏襲しているということが出来る。さらに最高裁昭和四一年五月二〇日判決は傍論としてではあるがA命題を肯定した。

四 右の昭和三八年判決の判例評釈において、田中判事、花村教授は判決理由に賛成するほか、地番の境界は当事者が処分することはできないからという理由によりB命題を根拠づけた。なるほど確かに地番境界理論からは

必然的にB命題が導かれるが、地番の境界は原則的には当事者の所有権の範囲を画しているのであるから、逆にいえばB命題が当事者の所有権の範囲の争いの解決において合理性をもつのでなければ地番境界理論を肯定してはならないことになる。ところが花村教授は地番の境界を確定することは實際上当事者の所有権の範囲を確定することになるという認識はあるものの、B命題は当事者の所有権の範囲の争いの解決において合理性をもつという議論は一切行っておらず、かえって戦前の学説にならって理論的には境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないからとしてB命題を正当化しようとしている。なお、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないとする立場の論者はすべてA B命題を肯定しているが、前述の村松判事を除けば、問われればおそらく多くの者が地番境界理論もB命題の根拠であると答えるのではなからうか。

五 宮崎判事のA B命題批判は境界確定訴訟においてA B命題を否定する諸説を導いた。それらはすべて境界確定訴訟の対象について境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であることを認めるという点で共通する。

(イ) 小室教授は「この訴訟は、境界線を確定すると同時に、所有権の範囲を確定する訴訟であるからということ、「たとえその本質が非訟事件であっても、訴訟形式をとる」からという理由でA B命題を否定する。前者は従来の学説が当事者の所有権の範囲は境界確定訴訟の対象ではないとすることによりB命題を正当化しようとしたことに対する批判として見れば重要な指摘であるが、後者は訴訟の形式をとる以上B命題をやむなく否定するかのようであり適切ではない。なお、教授はA B命題の否定にあたり、「被告の一定線の主張をも同等に処遇する」と述べている。当事者の公平ということからこれは当然に要請されるといえよう。しかし、被告が一定線を主張しない場合はどのような処置がなされるべきかということについては教授はふれていないが、A B命題

否定説ではこの点は当然に問題になる。なお、当事者双方の主張線が交差し、しかも真の境界は双方の主張線の中間に存するという場合につき教授は「予備的併合」という構成によりその位置に境界を確定することを可能にするほか、それ以外の場合についても、「仮に係争地外に客観的に明白な境界線があることが判明すれば、裁判所は釈明して当事者の主張を改めさせるべきである。」と論じていることが注目される。もっとも釈明権を認めるにとどまるのか、釈明義務をも認めるのかは必ずしも明らかではないが、「当事者の主張を改めさせるべきである。」という表現をそのまま受け止めれば後者ということになる。

(ロ) 森松判事は民事訴訟の原則に対する例外を認める必要はないとしてA B命題を否定する。なお、原告の一定線の主張は「条理上の権利の主張」であり「法律的主張としての請求」であるとしているのは、形成基準となる法規を欠くから法律的主張としての請求がないとして請求に関する非訟理論を論理必然的に導く兼子博士の議論を批判するものとして注目される。

(ハ) 新堂教授は「境界確定の訴えの実質は、あくまで所有権の効力の及ぶ範囲についての私人間の争いである」としてA B命題を否定する。「最高裁は境界確定訴訟の特殊性をひとたび認めるとこれをあらゆる問題に無造作に認めていくように見受けられるが、各問題ごとくにきめ細かに検討していくのがやはり本筋」であるという教授の問題へのアプローチの仕方はまったくもって正当である。

(ニ) 高木判事は「原告主張線より所有権の及ぶ範囲として有利な線で確定することは原告が求めている事柄である」という理由でB命題を否定する。判事も小室教授と同様、裁判所の釈明権についてふれている。

(ホ) 宮川判事もA B命題を否定する。花田判事もA B命題を否定するものと思われる。

(ヘ) 岡村判事はB命題の否定を一定線を主張する当事者の意思により根拠づける議論ではなしに、相手方の防

御の機会という観点から根拠づける議論をしている点に特徴がある。なお小室教授にならない、概括的申立という表現を用いてはいるが小室教授のいう「予備的併合」を認め、釈明権も小室教授と同じ意味において認めている。

(ト) 鈴木教授は地番境界理論の否定からA B命題の否定を導いている。

六 以上のA B否定説に対し、境界確定訴訟の対象について境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であることを認めながら今の問題については通説に与する説も存在する。

(イ) 飯塚教授は「境界確定訴訟において民法一八六条の適用がないのは、境界の確定が裁判所の裁量によらざるをえないところにその根拠がある。」と述べている。この叙述は、しかし、「単なる線」的思考に立つてのものか、それとも範囲的思考に立つてのものかにより、かなり意味するところのものが異なってくるが、教授がいずれの思考に立っているかは明らかでない。

(ロ) 松浦教授は「境界確定訴訟も普通の所有権確認訴訟と同じく、所有権に関する確認訴訟である。境界確定訴訟が異なるのは、ここでは所有権の限界ないし範囲が争われており、その点について起訴の段階で特定主張させることは無理であるため、原告は必ずしも最初から境界につき一定の主張をすることを要せず、裁判所もこれに拘束されない点にある(民訴一八六条の不適用)。」と述べている。この叙述も「単なる線」的思考に立つてのものか、それとも範囲的思考に立つてのものかにより、かなり意味するところのものが異なってくるが、教授においてもいずれの思考に立っているかは明らかでない。なお、右の文章からすると教授は訴訟のいずれかの段階では原告は一定線を主張しなければならないし、裁判所もそれに拘束されるとするかのようであり、注目に値する。

(ハ) 林助教教授は境界確定訴訟の法的性質が形式的形成訴訟であることからA B命題を否定するように読める。

(ニ) 小川判事はA命題については、境界が当事者にとっても明確でない場合があるからとする。しかしながら、その場合でも主張の上限を明らかにすることは可能なはずである。判事はまた、A命題を否定すると当事者、とりわけ被告が一定線を主張しない場合はどのように取り扱うか問題があるとする。これは確かにひとつの論点であろう。判事はB命題については、境界が係争地域外に一部はみ出す場合にB命題を否定すると自然的な地形から見て相当な境界線を採用できないことになり不都合であるとする。しかし、なぜ不都合なのかという理由が重要なのにそれが示されていない。

(ホ) 佐々木教授はひとつには「単なる線」的思考により、ひとつには境界紛争は非取引紛争だから取引紛争を対象とする訴訟と同一の処分権主義や弁論主義を採ることはかえって合理的でないということによりB命題を肯定する。後者は、しかし、なぜ合理的でないのかを明らかにしていない。

(ヘ) 石川教授は「一定線の申立が、とくに申立の限度を画するだけになされているとみられる場合は、民事訴訟法第一八六条の適用ありと解する。さにあらざる場合は、それは単に攻撃・防御方法にすぎないと解すべきであろう。」と論じている。当事者の意思により一定線の主張がいわゆる訴訟上の請求であったり、単なる攻撃・防御方法であったりするという理論構成はともかくとして、主張線を越えて境界を確定することが当事者の意思に反する場合にはできず、反しない場合にはできるというのは一考に値する。ただ、一定線を主張する当事者の意思というよりも相手方の防御の機会という観点からすると、B命題を常に肯定する説とあまり違わないくらい合理性を損なうことになる。

七 奈良教授は境界確定訴訟全体の通説に立場に立ちつつもA B命題の肯定につき幾分トーンダウンしたような

議論をしている。すなわちA命題については裁判実務においては当事者双方に一定線の主張をさせており、紛争の実態からしてそれも当然であると、B命題については「係争地の範囲を越えて境界が認定又は確定される」というのでは、当事者にとっては、ときには紛争を広めることになり、新たな飛び火を生ぜしめるおそれがあることになり、予想外の事態ということになる。」そこでそういう場合は「できれば裁判所が釈明権を行使して、係争地域を拡大させ、申立てを訂正させるのが裁判実務上最も妥当な一つの方法であることはいうまでもない。当事者に予想外の不意打ちを与えるのは、たとえ裁判所のすべき判断であっても望ましいことではないからである。」と言う。B命題を肯定してもこのように運用において配慮することになると、B命題を否定する立場、とりわけ小室教授などのようにB命題を否定しつつも運用において配慮する立場とかなり接近することになる。なお、奈良教授はA命題の理由についてはふれていないが、B命題の理由についてはわずかに次のように述べている。「ただ、このことから直ちに、当事者の申立てに拘束力を認むべきかは別個の問題であろう。当事者の申立てに拘束力を認めるとすれば、些少な違反も、違法な裁判となるが、そこまで当事者の申立てに拘束力を認めるのは境界確定訴訟の目的、性質からして疑問であり、むしろ、裁判所がその点に考慮を払って、運用をすべき指針として考慮すればよいと考えたい。」それでは「境界確定訴訟の目的、性質」とは何であろうか。もしそれが境界に起因する紛争の根絶ということを指すとすれば、これはB命題を肯定する理由とはなりえないし、また、もしそれが形式的形成訴訟ということを指すとすれば、まず抽象的に法的性質を決めて、そこから具体的帰結を導くことを肯定することになろう。また、「些少な違反も、違法な裁判となるが、そこまで当事者の申立てに拘束力を認めるのは」というのは「些少な違反」の場合のみ適法とする趣旨であろうか。そうだとすればこの根拠づけは容易ではない。

一〇 ドイツにおける学説の状況

一 わが国の境界確定訴訟をめぐる議論はドイツのその影響を受けていることは知られている。しかしながらドイツの議論を直接引用した文献は少ないし、またドイツの議論の詳細についてはあまり知られていないようである。その原因はことがらが複雑で難解であることにあると思われる。以下では、はなはだ不十分ではあるが今の問題についてのドイツの議論と、それがわが国の学説にどのように影響したかを見てみることにしよう。なお、わが国における特異な議論と類似する議論があればそれも見てみることにしよう。

今の問題についてもわが国の議論にはむしろドイツのその影響は見られるが、しかし境界確定訴訟の対象の問題についてと同様、今の問題についてもわが国での議論とドイツでの議論とでは若干差異がある。それはドイツではA命題が中心となりB命題についてはそれほど議論されてこなかったのに対し、わが国ではむしろB命題が主として論じられてきたということと、わが国の通説はA命題とB命題のいずれも肯定するのに対し、ドイツの通説はA命題は肯定しつつもB命題は否定しているということである。以下では今の問題についてのBGB制定(一九〇〇年)後の学説を見ることにする。ただし、最初に紹介するレンベルクの説はBGB制定前のものである。

二 さて、まず、レンベルクはA命題を否定するが、B命題については肯定か否定かというところでは、しかし裁判所は原告の主張線を越えてはならないというにとどまらず、裁判所は原告の主張線が真実の境界と認められないときは原告の請求を棄却しなければならないという。まず、A命題については一定線を提示しない訴えはよくあり、裁判所もそれを許しているが、一定線を提示しないでは請求を特定したことになるし、欠席判

決も不可能であるから許されないとするが、その際、次のように論じている。「人々は次のように考えているかも知れない。もし原告が申し立てを一定線に向けなければならぬとしたら、弁論や証拠調べの進行により原告が考えていたのとは異なる線が真実の境界であることが明らかになった場合は彼は請求を棄却される危険を負うことになる、と。多分、この視点が不特定の境界確定申し立てで足りるという見解の一因であろう。」⁽¹⁾と。ここには「単なる線」的思考が表明されている。「単なる線」的思考に立つと、「もし原告が申し立てを一定線に向けなければならぬとしたら、弁論や証拠調べの進行により原告が考えていたのとは異なる線が真実の境界であることが明らかになった場合は彼は請求を棄却される危険を負うことになる」が、レンベルクはそれによいというのである。もっともレンベルクは「主張された境界と証明された境界のささいな食い違いはそのような結果（請求棄却を指すと思われる。——玉城）をもたらしさないのは自明のことであり、食い違いがささいなものか否かは、むしろ原告の利益、とりわけ被告の境界主張によって決まる。」⁽²⁾と述べ、また「原告は弁論や証拠調べの結果により自己の申し立てを変更することはいつでも自由にできる。……そこには訴えの変更は見出せず、むしろそのような申し立ての修正は単にZPO二四〇条二号のいう請求の減縮や拡張にすぎないと見るべきである。」⁽³⁾と述べている。

雄本博士は「経界訴訟ニ於テハ当事者ハ互ニ所有権存在確認ノ訴ヲ提起スルモノナリト雖モ、主タル目的ハ経界線ヲ定ムルニアリテ、裁判所ハ常ニ経界線ヲ定ムヘキモノナリ」とするような考えに対し「単なる線」的思考に立つて次のように批判した。そのように一定線の主張を請求とするならば原告の主張線が真実と認められないときは請求を棄却しなければならないことになるはずであるというのである。そして、一定線の主張を請求とするのではなく、ともかくどこかに境界を確定せよということを請求とすべきことを説いた。それが私のいう請求

に関する非訟理論である。以上のことについては前述した⁽³⁾。しかしながら、一定線の主張を請求としても「単なる線」的思考ではなく範囲的思考に立つならば「裁判所ハ常ニ経界線ヲ定ムヘキモノナリ」という帰結に到達できるのであって、一定線の主張を請求としつつ「裁判所ハ常ニ経界線ヲ定ムヘキモノナリ」とするような考えはそもそも範囲的思考に立つものというべきである。このように雉本博士の批判は的はずれであったといわねばならないが、雉本博士がこのような議論をしたことについてはレンベルクの所説が強く作用したことはまず間違いない。なぜなら、まさにレンベルクは一定線の主張を請求とし原告の主張線が真実と認められないときは請求を棄却しなければならぬとしたからである。

雉本博士はレンベルクが原告の主張線が真実と認められないときは請求を棄却しなければならぬとしたことにつき、それは一定線の主張を請求とすることの「必然ノ論結ナリ」としつつ、次のように批判した。「然レトモスル結果カ實際ノ要求ニ合セサルコトハ、彼モ亦タ認ムル所ナリ。故ニ彼ハ原告ニ於テ判事ノ真正ト認ムルカ如キ他ノ経界線ニ改ムヘキモノトシ、而カモ之ハ訴ノ原因ヲ変更セスシテ為ス申立ノ拡張又ハ減縮ナリト論ス……然レトモ(a)原告ニ於テ、判事ノ意中ヲ度シテ之ニ合スルカ如ク訴ヲ変更スト云フ如キハ不能ヲ賈ムルモノナリ。(b)且、原告ニ於テ、一定ノ線カ経界線ナルコトノ確認ヲ求ムル訴ヲ提起シタル後、之ヲ他ノ線ニ改ムルハ許ルスヘキ申立ノ拡張又ハ減縮ニアラス。一定ノ線ヲ以テ経界線ナルコトノ確認ヲ求ムル訴……ニ於テハ、其一定ノ線ハ訴訟物ナリ。故ニ其一定ノ線ヲ他ノ線ニ改ムル場合ニハ、訴訟物ヲ全然変更スルモノニシテ……許スヘカラサル訴ノ原因ノ変更ナリ」。雉本博士は境界確定訴訟の対象については私のいう所有権関連否定説を提唱したが、それはレンベルクの所説を参考にしたことが考えられることは別稿で述べた⁽⁴⁾。これに対し、今の問題についてはこのようにレンベルクに対し厳しい批判を加えたのであった。

以上の雉本博士のレンベルク批判のうち (a) はまったく正しいし、また (b) も主張線の変更を請求の減縮や拡張にすぎないとするのは範圍的思考の混入であって「単なる線」的思考を徹底すれば雉本博士の言うとおりである。このように雉本博士のレンベルク批判は正しかったといつてよいが、問題はレンベルクが一定線の主張を請求としたことを改めるべきだったのか、それともレンベルクが「単なる線」的思考に立っていたことを改めるべきだったのかである。前者であれば A B 命題が肯定され、後者であれば A B 命題が否定される。雉本博士は次に見るヘーニガーにおそらく従つて「単なる線」的思考に立ち前者の道を歩んだ。しかしながら、前述のように雉本博士にも範圍的思考は見られるのであり、過小評価の危険から原告を救済するために B 命題を肯定すべきであるという考慮もあつて前者の道を歩んだのである。

小室教授は A 命題につき、ドイツの通説は A 命題を肯定するが、否定する説もあるとしてレンベルクを挙げ、「この訴訟は、境界線を確定すると同時に、所有権の範圍を確定する訴訟であり、その故に訴訟手続によらせるものであることからすれば、レンベルクの所説のとおり、原告および被告は一定線を主張し係争地域を明確にしなければ、自己の請求特定しないものと解すべきではなからうか。」と論じているが、レンベルクは境界確定訴訟は所有権の範圍を確定する訴訟ではないとするドイツでは特異な説を説いているのだし、また「単なる線」的思考に立つので原告の主張線が境界と認められないときは境界と認められる位置に原告が主張を変えない限り請求は棄却されるとするのであり、また被告は一定線を主張しなければならぬとはしないのであるから、小室教授の説とはかなり異なり、ここでいう「レンベルクの所説のとおり」とはあくまで境界確定訴訟においては原告は一定線を主張しなければならぬという点だけを指していることになる点は注意すべきである。小室教授は雉本博士が批判したレンベルクを引用したが、教授の見解に近いのはレンベルクではなく、後述のライスであるの

に、教授はライスの説の存在を知らなかったらしく引用していない。

なお、レンベルクは当事者の主張線と判決で確定する境界のささいな食い違いが請求棄却をもたらさないのは自明のことである、と言う。これはB命題につき奈良教授が些少な違反も違法とするのは疑問であると論じたことを想起させる。両者は共通の発想に立つのであろうか。しかし、レンベルクは、「食い違いがささいなものか否かは、むしろ当事者の利益、とりわけ被告の境界主張によって決まる。」と述べており、これは被告の主張線の方向にであればささいな食い違いは許されるということであって、原告の主張線を越えて境界を確定することまでは認めない趣旨だとも解される。なお、仮にそうであれば、ここにもわずかながら範圍的思考が見られることになる。

三 さて、レンベルクに対し、ヘーニガーは次のように述べている。「原告が境界確定の訴えで求めることができるのは裁判官に委ねられている国家の救済手段による正しい境界の探究だけである。この裁判官の行為をさせるためには、なるほど原告の側で一定の境界線を正しいと思われる線として提示することが合目的ではあるが、しかしそれは必要ではない。もし必要だとすれば、それは客観的な境界不明の多くの場合において原告に嘘をつくことを強いることになる。当事者は一定の境界線を主張し証明する必要はない。さもなければ彼が彼によって提示された境界線が正しい境界であることを完全に証明できない場合は目的を達するまで何度でも境界確定の訴えを起こさなければならぬことになる。裁判官は職権で境界を探究する。ここには境界確定請求は非訟事件手続を前提にしているがその性質に反して訴訟とされていることが示されている。それゆえ、原告によって提示された境界線は裁判官による境界探究にとってせいぜい手がかりにすぎず拘束とはならないし、原告が合目的性の考慮から一定の境界線を正しいと思われる線として提示するか否かを問わず常に真実の境界の探究を求

めているものと見なければならぬ。それゆえどこかに境界を引く境界確定判決はすべて原告の敗訴を意味しない。」原告の側で一定の境界線を正しいと思われる線として提示することは「欠席判決や認諾判決のためには實際上、合目的であるが、請求権の本質からすれば必要でない。境界線を探究することは裁判官がすべきことであって、この裁判官の行為を原告は求めているのである。境界探究と、これの被告による承認が申し立てられていれば、特定の申し立てをしなければならぬという訴訟法の要求（CPO二五三条二号）も満たされている。一定の境界線を正しいと思われる線として提示せよという形式にとらわれすぎた要求は客観的な境界不明の多くの場合において原告に嘘をつくことを強いることになる。このようなことは法の意思ではありえない」⁽⁹⁾「境界確定訴訟に実際に関わった者は誰でも一定の境界線を正しい境界線として提示することはしばしば完全に不可能であることを知っている。土地登記簿、土地台帳、公図が役に立たないのはまれではない。それにもかかわらず実務家は裁判所の慣行により一定の境界線を正しい境界線として提示することを強要される。それゆえまさに嘘をつくことを強いられていることになる。」⁽¹⁰⁾

ヘーニガーはA命題については一定線の主張が「もし必要だとすれば、それは客観的な境界不明の多くの場合において原告に嘘をつくことを強いることになる。」という理由でA命題を肯定し、またたとえ原告が一定線を境界として主張したとしても裁判所はそれに拘束されずに真実の境界を確定することができるとしており、レンベルクの所説とはまさに対照的である。しかしながら、「さもなければ彼が彼によって提示された境界線が正しい境界であることを完全に証明できない場合は目的を達するまで何度でも境界確定の訴えを起こさなければならぬことになろう。」と述べているということは、一定線の主張がいわゆる請求だとすれば裁判所は原告の主張線が真実の境界と認められない場合は請求を棄却しなければならぬことになるといえることを認めているので

あり、レンベルクと同様、「単なる線」的思考に立っているということができる。ヘーニガーは「単なる線」的思考に立ちつつ、原告の一定線の主張は請求ではなく裁判所による境界確定の要求が請求であることにより、裁判所は原告の主張線に拘束されずに真実の境界を確定することができるという帰結を導いたのである。

雄本博士はこのヘーニガーの論文を、参考にした文献のひとつとして挙げており、請求に関する非訟理論およびA B命題の提唱につき、明言しているわけではないが、このヘーニガーの説をおおいに参考にしたことは明らかである。ただし、ヘーニガーが裁判所は原告の主張線に拘束されないとしてもそれを越えて境界を確定することまで認めるものか、すなわちB命題を肯定するものかは疑問がないわけではない。なぜなら彼は「境界確定訴訟における判決は必ず境界を確定せねばならず、その際しばしば原告が求めたのとは異なった仕方でも境界を確定し、特に原告が求めたことの *essence* を原告に与える」と述べており、これは原告の主張線を越えて境界を確定することはできないという趣旨と採れないことでもないからである。なるほど請求に関する非訟理論を採りながらB命題を否定することは理論的には容易ではない。しかし、後の学説は請求に関する非訟理論を採るものもB命題を否定しており、それゆえヘーニガーもB命題を否定していたと見ることもまったく考慮に値しないことではなからう。少なくとも雄本博士がB命題を肯定することが明らかかなほどにはヘーニガーはB命題を肯定することが明らかとはいえない。

四 さて、B命題を否定するレンベルクは裁判所は原告の主張線が境界と認められない時は請求を棄却すべきであるとするのであるが、これに対し同じくB命題を否定するライスは裁判所は原告の主張線が境界と認められない時でも請求を棄却すべきではなく境界を確定すべきであるが、ただ原告の主張線を越えて境界を確定することはできないとする。すなわちB命題をそれとして否定するのである。ライスは言う。「境界確定の訴えは原告が

自己と被告との間の境界線として確定されることを欲する一定線を表示しなければならない。……これはすべての訴えにつき特定の申し立てを要求しているZPO二五三条からも、また特にBGB九二〇条の文言自体からも要求される。裁判官による境界確定を申し立てるのでは十分でない。裁判官は必要な場合は係争地を分割しなければならぬが、もし当事者双方がその欲する境界を彼に示さないならば、係争地はどこか知りえない。裁判官は判決を下す時になって初めて当事者から正しいと思う境界線を提示されるという考えはわれわれの訴訟法の体系においては不適當であり否定されなければならない。われわれの訴訟法によれば訴訟のすべての要素ができるだけ早期に、それゆえすでに訴えと答弁において裁判所に提出されなければならない。⁽⁴⁾「ヘーニガーは、もし当事者に本当は知らないとしか言えないのに一定の主張をすることを強いるならば、それは良心を強制することになる、と言うけれども、そうではない。なぜなら、一定線までの証明可能な所有権の主張が要求されているのではまったくなく、境界確定の訴えがその性質からしてわれわれに示すように、所有権の厳格な証明を完全に度外視して境界確定がなされるべきで、その際は占有や公平や等分が一定の組み合わせにおいて結論を与えるべきであるということを考慮して、隣地者との境界を形成するであろう一定線を示すことが要求されているにすぎないからである。そのような線なら誠実な人でも提示することをためらわないであろう。そのような線を提示することは、損害賠償訴訟で被害者はしばしば適当な賠償額と見られるのはいくらかを知りえないけれども一定額を提示しなければならないことほど良心をとがめないであろう。ライヒスゲリヒトの一九〇五年一月一八日の判決は、裁判官に判断の基礎が与えられているときのみ額の決定を裁判官の裁量に委ねることを原告に許した。これと同じ扱いをするとしても、当事者はそこから彼にとって最も有利な境界が結果として生じるところの証拠を裁判官にすべて提出することが要求されなければならない。これらの証拠とは境界確定訴訟の性質からして最

大限広げられた特定の地帯の所有や占有とのみ関係するので、この広がり主張する者はそれゆえすでに一定の境界線の提示という要求をすでに満たしている。良心の不安から可能と思われる所有権の厳格な証明が及ぶ以上には境界を主張しない者はこの線に拘束される。⁽⁶⁾「B G B 九二〇条による境界確定も「当事者が求めている以上のものを当事者に与えることはできないという命題に無論服する。境界確定訴訟においても当事者は訴訟の主人公である。例えばふたつの土地は完全に同じ大きさであるという争いのない事情に基づけば裁判官は当事者の一方に他方が占有している土地部分のうち二〇平方メートルを与えなければならぬとしても、もし彼が一二平方メートルを越えては求めていないのならそれを越えて与えてはならない。」⁽⁶⁾と。ここには原告の一定線の主張がそのままいゆる請求ととらえられており、また範囲的思考が表明されているということができよう。⁽⁷⁾

このように原告は一定線を提示しなければならず、そして裁判所はそれを越えて境界を確定することはできないとすると、被告についても同じことにしなければならないのは当然である。これについてライスは、「同じ理由により被告も境界線についての原告の主張を争うのであればその確定を求める境界線を提示しなければならぬ。彼は自分の方は境界を提示できないと言ふことはできない。民事訴訟の原則的な場合においては被告は自己の行為でも自己の注意の対象でもなかった事実については不知を表明することができ(Z P O 一三八条)、その結果、その事実の証明責任は原告に課されたままということになる。しかし境界確定訴訟の特殊性はこの原則の適用を許さない。もし当事者の一方にのみ証明責任を負わずなら、それは当事者の所有権や占有の確認であり、境界の探究はもたらさない。境界は訴訟においてすべての事情の下で発見されねばならないので、被告の方もこの結果が得られるように主張や証明をする必要がある。さらに一定線までの所有権が承認されることを求めている原告の請求に対して答えなければならぬ被告としては少なくとも原告の所有権を全体的に争うのか、そ

れとも一定の範囲においてのみ争うのかについて陳述しなければならぬので、一定の境界線の提示はこの点でも必要である。被告が一定の範囲においてのみ争うのであればその範囲を提示しなければならず、この提示には被告が正しいと考えている境界線の主張が含まれている。一三八条を援用して事実の陳述を拒むことはこの陳述が法の要求している申し立てと一致している場合には許されない。これにより被告に課される陳述は基本的には原告に課されるのとまったく同じであり、そこから、境界確定訴訟においては本来、当事者のいずれも原告の役割も被告の役割も演じることが明らかとなる。この二重性は境界確定により当事者のいずれもこちら側の所有権が認められて向こう側の所有権が否定され、それゆえ当事者双方が境界確定に積極的に利害があるため、すでにことがらの性質において根拠づけられる。それゆえ訴訟において原告の役割を引き受けた者に相手方よりも大きな義務を陳述や証明において課さないことが公平である。⁽¹⁸⁾「被告がまったく申し立てをしないときは、欠席判決により原告の主張した一定線が境界とされる。……被告が請求棄却を申し立て、あるいはそうでなくても別の弁論はするが、一定の境界線の提示により自らの主張を具体化しない場合はZPO三三四条により欠席判決ではなく対席判決により敗訴する。」と述べている。

以上のようにライスはA B命題を否定する。ところが前述のように小室教授はライスの説の存在を知らなかったらしく引用していない。その他のA B命題否定説の論者もライスの説を引用したものは見当たらない。小室教授がライスの説の存在を知っていたならA B命題否定についてもっと自信をもって議論をしたであろうし、その後の学説の展開も幾分異なっていたであろうと思われる。

ちなみに、右に見たライスの文章には、「裁判官は判決を下す時になって初めて当事者から正しいと思う境界線を提示されるという考えはわれわれの訴訟法の体系においては不適當であり否定されなければならない。われ

われの訴訟法によれば訴訟のすべての要素ができるだけ早期に、それゆえすでに訴えと答弁において裁判所に提出されなければならない。」という叙述が見られる。これは文献を引用していないため明らかではないが、当事者は訴え提起時には一定線を提示する必要はないが後にはそれを提示しなければならないという説が当時存在したことを推測させる。これは松浦教授の「起訴の段階で特定主張させることは無理であるため、原告は必ずしも最初から境界につき一定の主張をすることを要せず⁽²⁰⁾」という叙述を想起させる。しかしながら、このような説は私の知る限り今日は存しない。

五 さて、A 命題についてはこのように A 命題を否定する見解も存し対立していたが、近時の論者はすべて A 命題を肯定しているのであって、ドイツの学説は A 命題肯定で落ち着いたかのである。もっとも A 命題についてそれほど詳しくは論じていないが、だいたいにおいてヘーニガーに従っているものと思われる⁽²¹⁾。

このように学説は A 命題肯定で固まったかのであるが、ただ肯定説のマイスナー⁽²²⁾ シュテルン⁽²³⁾ ホーデス⁽²⁴⁾ デーナー⁽²⁵⁾ が次のように述べているのはおおいに気になる点である。「訴えは境界不明を説明せねばならない。それゆえ、特に、どの線までは争いがなく、争いのある地帯の範囲はどこかが示されなければならない。これが欠けていれば、訴えは有理性なしとして棄却されなければならない。この最小限度の内容により裁判官は係争地帯の中間に境界を引くことにより常に判決を下すことができる⁽²⁶⁾。」しかし、このように係争地を示さなければならないということと一定線を境界として主張する必要はないということとはどのような関係にあるのであろうか。私にはマイスナー⁽²⁷⁾ シュテルンは結局は原告は一定線を境界として主張する必要があることを認めたことになる、すなわち A 命題を否定したことになると思われるがいかかであろうか。マイスナー⁽²⁸⁾ シュテルンはおそらく「場合によっては係争地を等分しなければならぬが、一定線の主張がないと係争地は明らかにならない」と

いうライスの批判を意識して、一定線の主張は不要だが係争地は示さなければならぬ、したがって常に境界の確定は可能であるとしたのであるが、一定線の主張は不要だが係争地は示さなければならぬというのは矛盾している。私は考える。

このようにA命題についてはドイツの学説はA命題肯定で落ち着いたかのようなのであるが、なお不安を残しているということがいえそうである。ちなみに、境界確定訴訟が確認訴訟か形成訴訟かという問題との関わりはだいたい確認訴訟に立つ者はA命題を否定し、形成訴訟に立つ者はA命題を肯定しているということが出来るが、エンデマンやブランクのように確認訴訟に立ちながらA命題を肯定する者もいる。

六 さて、A命題についての学説は以上のとおりであるが、これに対しB命題については、前述のようにA命題を肯定したヘーニガーもB命題は否定しているとする余地があり、またA命題を肯定したブランクはライスを引用して「原告が申し立てたようには境界が確定されない場合は原告は過大な請求を棄却されなければならない」と述べており、これは請求の一部を棄却するということでB命題を否定する趣旨と思われる。いずれにせよB命題を明確に肯定する文献は見当たらないのであるが、一九六四年一〇月二一日の連邦裁判所の判決が「境界確定の訴えは裁判官による土地の境界設定に向けられている。一定の境界線の確定を申し立てることは妨げない。裁判官は他の境界線を確定することが出来るが、原告が特定した訴えにより求めた以上のものを原告に与えてはならない。」と判示してからは、A命題は肯定しながらB命題は否定することが学説の一致した見解となつた。⁽²⁸⁾しかしながらこれにつき詳論したものは皆無である。なるほど原告は一定線を主張する必要があるが原告が一定線を主張した場合は裁判所はその線を越えては境界を確定してはならないという考えは実際の考慮としては理解できるが、それをどのように理論構成するかという点で容易ではない。しかし、その理論構成にふれた文献は

見当たらない。

七 B 命題についてのわが国とドイツのこのような差異は雉本博士の論文に起因する。前述したようにヘーニガーが B 命題を肯定するものは疑問がないわけではなかったが、雉本博士ははっきりと B 命題を肯定した。それはすでに見たように二つの理由があった。ひとつはそれが請求に関する非訟理論の当然の帰結であるからであり、ひとつは過小評価の危険から原告を救済すべきであるという考慮であった。これに対し、その後、ドイツにおいては前者についてはそのような理論的な一貫性は議論の対象になっていないのであり、よく言われるドイツ人の理論重視の傾向はここでは見られない。また後者についてはヘロルドにそのような考慮が見られるが、しかし彼はそれを A 命題を肯定する理由としてるのであって、それを理由に B 命題を肯定するという議論はしていない。⁽²⁷⁾ それと雉本博士においては境界確定判決は当事者の所有権の範囲を確定しないというドイツでは一般的な理論が採られており、それが B 命題を正当化するものとされたように思われることも前述した。この雉本博士の B 命題肯定が以後のわが国の学説・判例に大きな影響を及ぼし、ドイツとは異なった状況を生み出したが、後に境界確定訴訟の対象は公法上のもので当事者が処分することができない地番の境界であるという地番境界理論の出現によって B 命題の肯定はその必然の帰結となったということができよう。小川正澄判事はドイツでは B 命題が否定されていることを指摘しながらも、「経界確定訴訟が我が国の近時の通説のように地番と地番の経界を発見或は設定することを目的とする訴訟とは観念されず、所有権がどこまで及んでいるか、換言すれば所有権の範囲の境界を発見或は設定することを目的とする訴訟と観念されていると解されるから、弁論主義の諸原則が適用されているのだと推測される。」⁽²⁸⁾としてドイツとわが国とは異なることを説いている。

八 ちなみに一九五六年のシュタウディングガー・コンメンタールは B 命題について、「裁判官は当事者の一定の

申し立てに拘束されない。しかし、ZPO三〇八条により原告が求めている以上のものを原告に与えてはならない。このことは原告が一定の境界線を自分の意見に従って正しいものとして提示したことを前提とする。」と述べていた。これは石川教授が「一定線の申立が、とくに申立の限度を画するためになされているとみられる場合は、民事訴訟法第一八六条の適用ありと解する。」と論じたことを想起させる。しかし、その後の文献は単純にB命題を否定している。今日のシュタウディンガー・コンメンタールも同様である。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

注

- (1) Ronberg, die Grenzscheidungsklage nach römischem und gemeinem Recht, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 11 s. 119ff. u. s. 251ff. (1986)(s. 260)
- (2) Ronberg, s. 260
- (3) Ronberg, s. 260f.
- (4) 拙稿・名古屋大学法政論集一四七号五六頁以下。
- (5) 雉本朗造「経界ノ訴ヲ論ス」京都法学会雑誌七卷八号八七頁。
- (6) 雉本・八七頁。
- (7) 拙稿「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(四・完)」琉大法学四八号二〇三頁。
- (8) 小室・前掲一五〇頁。
- (9) Hoeniger, Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerlichen Recht(1901)s. 89 以下s. 100f. 以下同趣旨を述べている。

- (10) Hoeniger, s. 92f.
- (11) Hoeniger, s. 93 Anm. 2a
- (12) 雑本・六九頁。
- (13) Hoeniger, s. 89
- (14) Reiss, Die Grenzrecht und Grenzprozess(1914)s. 132f.
- (15) Reiss, s. 134f.
- (16) Reiss, s. 146
- (17) Wenner, Sachenrecht 2. Aufl. (1906)s. 176 Anm. 117が「原告が提示した境界が証明されない場合は請求を棄却すべきことにはならない。一〇〇マルク訴えた者は五〇マルクの債権しかないということになっても請求全部が棄却されるということにはならないのと同様に、原告が自分に二メートル幅が帰属するように境界が引かれるべきだと請求した場合でも判決は原告に一メートル幅だけが帰属するように境界を確定する」ことができる。」と述べているのは、なおいっそうこのことが明らかである。
- (18) Reiss, a. a. O. s. 133f.
- (19) Reiss, s. 138.
- (20) 松浦・前掲二三九頁。
- (21) A 命題を肯定するものとしてはほかに、Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2 Abt. 1(1905-20)s. 458 (「原告自身が境界が不明であることを主張してゐるから」といふ)、Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. III 4. Aufl. (1913-23)§920 4a (「Zd. O. 11511条 1号に於て原告

は一定の境界線を提示する必要はない」と言う。)等。A命題を否定するものとしてはほかに「Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch(1906) § 920 5c (「裁判所による境界確定のみを申し立てることで足りるとする」とは「……一定の申し立てを要求しているZPO二五三条二号の規定と一致しない」と言う。)等。いずれも詳論はしていない。

- (22) Herold, Grenzstreitigkeiten und ihre Regelung, Blätter für Grundstücks- Bau- und Wohnungsrecht(1961) s. 225ff. (s. 226) (「所有権の訴えでは係争物を特定しなければならず裁判所は原告が求めた以上のものを原告に与えることはできない。それは、真実の境界線は原告の主張する境界線よりも向こう側にあることが明らかになった場合でもそうである。この危険を免れるために、土地所有者はたとえ真実の境界を知っていると信じていても、所有権の訴えに代えてBGB九二〇条の境界確定の訴えを提起することができる。真実の境界をまったく知らない場合はそうするしかない。その場合は訴えは裁判所による境界確定と、隣地者はその確定された境界を認めるよう命じることのみ向ければ足りる。」と言う。), Soergel-Siebert, BGB Bd. 4 Sachenrecht 10. Aufl. (1968) § 920 2 (「訴えは裁判官による土地の境界づけに向けられる。」と言う。), Meisner-Stern-Hodes-Dehner, Nachbarrecht im Bundesgebiet(ohne Bayern) und in West-Berlin 5. Aufl. (1970) s. 99 (所有権の訴えでは係争物を特定しなければならないので「もし法律が原告を所有権の訴えに制限したなら、それは原告をして、まさしくそれを知らないことが争いのきっかけなのに一定に境界の提示をさせ、それゆえいわば嘘を強いることになる。」「原告は非常にしばしば、どこに境界があるかを詳しくは考えていない。単に形式を満たすために、自分の申し立ての正当性についていかなる手がかりもないにもかかわらず裁判官に対してある線を境界として提示することを原

告に強いるのは馬鹿げている。」と言つて。), Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 38. Aufl. (1979) § 920 2c (「訴えは裁判官による土地の境界づけに向けられる。」と言つて。), B G B - R G R K § 854-1011 12Auffl. (1979) § 920 1 2 (「境界確定の訴えの申し立ては一定の境界の確認に向けられる必要はない。むしろ裁判官による境界線の確定を申し立てれば足りる。そのような申し立ては境界不明という訴えの原因を考慮すれば Z P O 二五三条二号の意味での一定の申し立てに当たる。」と言つて。), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 4: Sachenrecht (1981) § 920 3 (「境界確定の訴えは……裁判官による土地の境界づけに向けられる。」と言つて。), Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3 12Auffl. (1982) § 920 1 (「この訴えはその本質からすれば権利創設的な裁判官行為を得ることに向けられている。……なるほど九二〇条は原告が一方の土地の所有者であることを前提にしている。しかし決定的なのは原告は一定線までの所有権を主張する必要はまったくないということである。」と言つて。)

(23) Weisner-Stern-Hodes-Dehner, a. a. O. s. 124

(24) Planck, a. a. O. 4 a

(25) Neue Juristische Wochenschrift 1965, 37

(26) Soergel-Siebert, a. a. O. § 920 2 (「一定の境界線を示した訴えも妨げない。その場合は原告が求めた以上のものを原告に与えてはならぬ。」と言つて。), Weisner-Stern-Hodes-Dehner, a. a. O. s. 100 Anm 6 「原告の方で一定線を提示することは別に妨げない。その場合は裁判官は原告が求めた以上のものを与えることはできぬ。」と言つて。), Palandt, a. a. O. § 920 2c (「一定の境界線の請求は許される。そ

の場合は判決は原告の請求した平面を越えない他の境界を確定してよい。」と言う。)。 BGB-RGRK a. a. O. § 920 12 (「しかし申し立てにおいて一定の境界を提示した場合は、裁判官は他の境界を確定することはできるが、原告が申し立てにより求めた以上のことを原告に与えることはできない。」と言う。)

Münchener Kommentar. § 920 3 (「一定の境界線を設定した訴えは妨げない。裁判官は他の境界を確定することはできるが、原告が特定した訴えで求めた以上のものを原告に与えることはできない。」と言う。)

Staudinger, a. a. O. § 920 II 5 (「原告が一定の境界を正しい境界として提示した場合、裁判所はそれに拘束されないが、ZPO三〇八条により原告が主張した境界線よりも多くを原告に与えることはできない。」と言う。)

なお、伊藤瑩子「境界確定訴訟に関する判例・学説」最高裁判所事務総局・境界確定訴訟に関する執務資料(民事裁判資料第一二五号)六四九頁以下(六八六頁)はパラントを引用して、「ドイツでは……原告の主張する面積以上に被告土地側に越えて境界線を引けないとしているようである。」と述べている。これはおそらく「Fläche」(平面)を面積と訳したのであるが、原告の主張線を部分的には越えていても総面積では越えていなければよいかのような誤解を招くおそれがあるので適当な訳ではない。

- (27) 前述注(23)のヘロルドを見よ。
- (28) 小川正澄「経界確定の訴についての若干の考察」判例タイムズ一五九号三〇頁。
- (29) Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1956) § 920 II. 3. f.
- (30) 石川・前掲二二六頁。
- (31) 前述注(26)のシュタウディングーを見よ。

(32) 松浦教授の所説については前述したが、教授は最近、ドイツの通説と同一に帰すると思われる見解を示さ

れていることに、本稿のゲラ校正の段階で気づいたので、ここで簡単に紹介する。「裁判所は両当事者の主張線によって囲まれた係争地域内においてのみ境界線を引きうるにすぎない……」。もちろん、土地の境界が不明であるため紛争が生じているのであるから、起訴の段階で当事者に一定の境界線の特定・主張を要求するものではない。当事者は口頭弁論終結までにその特定・主張を追試できる。また追試がされなかったときは、裁判所は自己の相当とする境界線を定めることができるが、実際上はそのようなことは稀であろう。」(松浦「訴訟物と民訴法一八六条」小山・中野・松浦・竹下編演習民訴(上)(改定新版)二八六頁以下(三〇五頁))。

ここでは「起訴の段階で」という文言にもかかわらず、結局はいずれの段階でも一定線の主張が要求されていない反面、いずれの段階で一定線が主張されたのであっても裁判所はそれを越えて境界を確定することはできないとする趣旨のようである。教授の改説ではないならば、前述の教授の説の理解は私の読み違いということになる。

一一 論点の整理

一 前編の序論で述べたように、本稿の目的はこれまでの個々の学説・判例を分析し、それらを正しく位置づけることを通して論点を整理するというところにある。そこで最後に論点を整理することにするが、これまでの個々の学説・判例の分析と位置づけにおいてしばしば論点の整理も行ってきたので、あらためて論点を整理するまで

もないので簡単にまとめることにするが、その前に学説の状況を今一度おおまかに概観してみよう。これまで学説についてはそれぞれの論者ごとにその所説を分析し位置づけてきたし、また学説の要約もそれぞれの論者ごとの要約であった。それは今の問題に限らず境界確定訴訟全体についていえるのであるが、学説の議論はあまりにも混沌としておりそれゆえ一定の視点に立たなければとうてい整理することはできないが、その整理がはたして適切かを読者がみずから検証できるようにすることが重要であると考えたからである。しかしながら、他方ではそのような論者ごとの整理では学説の全体の状況が読者にとって把握しにくくなったことは否めない。そこで、屋上、屋を架すきらいはあるが、わが国の学説についておおまかにではあるが全体の状況が見通せるように概観してみようということである。

二 通説であるA B命題肯定説についてB命題を中心にして見てみると、まずB命題の理論構成であるが、それは古くは請求に関する非訟理論によっていた。すなわち原告の一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求と見ず、ともかくどこかに境界を確定せよということ、すなわち裁判所による境界確定を求めることをいわゆる訴訟上の請求と見ることに、原告の主張線を越えて境界を確定しても、民訴一八六条に違反しないとするのである。しかし、後にはそれが原告の一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求としつつ境界確定訴訟には民訴一八六条は適用されないとする理論、準請求に関する非訟理論に無自覚的に修正されたが、今日でも請求に関する非訟理論による論者も存する。もっとも、請求に関する非訟理論によるか準請求に関する非訟理論によるかは重要ではない。

問題はなぜ(準)請求に関する非訟理論を採るかである。そのことを事柄を複雑にしないために請求に関する非訟理論に準請求に関する非訟理論をも代表させて見るならば次のとおりである。すなわち「単なる線」的思考

に立つか範圍的思考に立つかで請求に関する非訟理論を採ることの意味が異なる。「単なる線」的思考に立つと、原告の一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求とするならば、原告の主張線が境界と認められない場合は民訴一八六条により原告の請求を棄却すべきことになって、原告の主張線が真の境界と一致するまで何度でも訴えを起さなければならぬという堪え難い結果になる。そこで裁判所による境界確定を求めることをいわゆる訴訟上の請求と見るにより、裁判所は原告の主張線に拘束されず、その信じる位置に境界を確定することができる。その信じる位置にであるから原告の主張線を越えてもよい。そもそも「単なる線」的思考によれば越えるとか越えないという観念は成り立たない。これに対し、範圍的思考に立つと、原告の一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求としても、原告の主張線が境界と認められない場合、真の境界が原告の主張線を越えないのであれば一部認容の法理によりその位置に境界を確定することができ、真の境界が原告の主張線を越えるのであれば民訴一八六条により越えない限度で境界を確定する、すなわち原告の主張線の位置に境界を確定すべきことになるのであって、請求棄却ということはないので、右のような堪え難い結果は生じない。そこで範圍的思考に立ちつつ請求に関する非訟理論を採るといふことは、そのような堪え難い結果を避けるということではなしに、真の境界が原告の主張線を越える場合にそのまま越えた位置において境界を確定することを可能にするために請求に関する非訟理論を採るといふことになる。それゆえ、ここではなぜそのように裁判所は原告の主張線を越えて境界を確定することができるかとすべきなのかということが、すなわちB命題を肯定する理由は何かがまさに問題となることになる。

難本博士は「単なる線」的思考に立つて原告の主張線が真の境界と一致するまで何度でも訴えを起さなければならぬという堪え難い結果を避けるために請求に関する非訟理論を提唱したが、同時に範圍的思考からも請

求に関する非訟理論を採るべき理由、すなわちB命題を肯定する理由について論じている。それは原告としては裁判の予測が困難であり、そのため過小評価の危険もあり、その過小評価の危険から原告を救済するということがあったように思われる。しかしながら、「単なる線」的思考が全面に出たために、このような考慮はわずかにうかがい知ることができにすぎず、その後の学説と判例にほとんど知られるところとならなかった。

その後の学説と判例は「単なる線」的思考に立って請求に関する非訟理論を肯定したためB命題を肯定する理由についてあまりふれていない。ただ学説は結果として導かれるB命題についてそれを正当化する議論は行っている。それは境界確定訴訟は理論上は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないからB命題を肯定することが許されるというのである。他方、請求に関する非訟理論についてもそれを正当化するために原告の一定線の主張は法律的主張ではないからそもそもしわゆる訴訟上の請求にはなりえないとするかのような議論がなされ、また裁判所による境界確定は様々な事実をもとに衡平の見地からの裁量によりなされるという、境界確定に関する非訟理論と今の請求に関する非訟理論とが区別されることなく一体として主張されたことも請求に関する非訟理論を正当化する機能を果たした。しかしながら、実質的な根拠づけがまったくなされなかったわけではない。A命題についてはA命題を否定することは徒らに根拠のない主張をさせることになるという議論が見られたし、B命題については双隣地が二個以上でその境界線が一点に集合している場合に三当事者で共同訴訟が行われたという特殊な場合についてB命題を否定すれば境界を確定できない場合が生じるとする議論が見られたし、当事者双方の主張線が交錯する場合にその中間に真の境界が存するという特殊な場合についてB命題を否定すればその位置に境界を確定できないとする議論が見られた。

しかしながら、近時、学説はB命題の決定的な根拠を見いだした。地番境界理論がそれである。境界確定訴訟

の対象たる境界が公法上の地番の境界であれば、それは分合筆の登記を経ることなく当事者の合意で左右することはできないので訴訟外および訴訟上の和解は無効であるのに、その地番の境界を判決で確定する場合は当事者双方の主張する境界線の範囲内で確定しなければならぬというのは背理であり、地番境界理論を採ればB命題は当然に肯定されるべきだからである。

一方、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であるとしつつB命題を肯定する説も現れている。それらの中には伝統的な「単なる線」思考に立つものも存するが、「単なる線」思考に立つのか範囲的思考に立つのか不明なものもあり、もし後者であれば雉本博士と同様、過小評価の危険から原告を救済するという考慮によると思われるものも存する。また、A命題についてはA命題を否定する立場では被告が一定線を主張しない場合はどのように取り扱うのかという疑問を提起し、B命題については境界が係争地域外の一部のみ出す場合にB命題を否定するのは不都合とするものなどが見られる。なお、B命題の肯定説と否定説の中間的な説として、原告の主張線を越えることが原告の意思に反する場合には越えてはならないが、反しない場合は越えてよいとするものや、A B命題の肯定説と否定説の別の意味での中間的な説として、原告は起訴の段階では一定線を主張しなくてもよいが、訴訟のいずれかの段階では一定線を主張しなければならず、裁判所もそれに拘束されるとするかのようなものも現れている。

他方、戦後現れたA B命題を否定する少数説は範囲的思考に立って当事者の一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求とし、民訴一八六条をそのまま肯定するのであるが、それは境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であり、当事者処分権主義は当然に肯定されるべきであるとするものである。そしてその理由を一定線を主張する当事者の意思に求めるものや、相手方に防御の機会を与えるということに求めるものがある。ただし、

B 命題につき真の境界が主張線を越えて存する場合は釈明権を行使すべきであるとする見解も見られる。この見解は通説に立ちながら、すなわち B 命題を肯定しながらそのような釈明権を行使するのが妥当であるとする見解を導いている。なお、A B 命題を否定するならば被告の一定線の主張も同じに扱わなければ不公平であり、A B 命題肯定説は被告の一定線の主張も同じに扱っている。しかしながら、被告が一定線を主張しない場合はどのように取り扱うかについてふれたものは存しない。

以上が学説の全体的な状況である。

三 さて、個々の学説・判例の分析、位置づけから抽出される論点は、まず前編の「論点の提示」で予告的に提示したことが挙げられる。すなわち、(イ)「単なる線」的思考と範囲的思考の差異はいかなるものか、(ロ)請求に関する非訟理論と準請求に関する非訟理論の差異はいかなるものか、(ハ)請求に関する非訟理論と境界確定に関する非訟理論とは必然的に結びつくものか否か、(ニ)境界確定訴訟の訴訟としての性質と今の問題とは必然的に結びつくものか否か、(ホ)請求に関する非訟理論を境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないということにより正当化することは可能か、(ヘ) A 命題を否定する立場では被告が一定線を境界と主張しない場合はどのように処理すべきか、という論点がそれである。そのうち最後の(ヘ)を除けば、前編で論点の提示にとどまらずそれらに対する私見をも開陳した。

ただ、(イ)については「単なる線」的思考と範囲的思考の差異の指摘にとどまっていたが、ここでさらにいづれの思考に立つべきかについて私見を述べておくことにする。A B 命題肯定説は伝統的に「単なる線」的思考に立ち、これに対し、戦後現れた A B 命題否定説は範囲的思考に立っている。このように一方は「単なる線」的思考に立ち、他方は範囲的思考に立つということになると議論はかみ合わないのは当然である。そこでいづれか

に統一する必要があるが、これは範圍的思考に統一すべきことは明らかである。なぜなら、ドイツのレンベルクのように原告の主張線が境界と認められない場合は原告の請求を棄却すべきで、原告の主張線が眞の境界と一致するまで何度でも訴えを起さなければならぬと考える者はまず皆無であり、それゆえ「単なる線」的思考に立つと非訟理論を採るべきことは必至であり、その結果、いやおうなくB命題を肯定すべきことになるので、B命題を否定する論者が「単なる線」的思考に立つことは不可能であるのに対し、範圍的思考に立つと必ずしもB命題を否定すべきことにはならず、範圍的思考に立ちついてもB命題を肯定することは十分に考えられるので、共通の土俵を設定するためには範圍的思考に立つ必要があるからである。それに「単なる線」的思考は原告の主張する権利の有無が争われる通常の民事訴訟の思考を紛争の実質が範圍の争いであるところの境界確定訴訟にそのまま持ち込んだもので、最初から不合理なのである。

その他の論点としては、(ト)地番境界理論によりB命題を必然的に導くことは妥当かという論点がある。これについてはすでに述べた。

そして、(チ)雉本博士に見られた過小評価の危険から原告を救済すべきかという論点がある。これはB命題についてのものであるが、A命題についていえば徒らに根拠のない主張をさせることの当否ということになる。いずれも裁判の予測が困難であることから民事訴訟の原則に對する例外を認めるべきかということが問題となっている。そして、私見によれば従来の学説が論じることがあまりにも少なかったこれこそが本質的な論点であり、今後はこの論点を中心にして議論してゆくことが必要である。一定線を主張する当事者の意思とか、相手方の防御の機会の保障とか、釈明権ということが関わってくる。原告は起訴の段階では一定線を主張しなくてもよいが、訴訟のいずれかの段階では一定線を主張しなければならず、裁判所もそれに拘束されるとする考えもここ

において視野に入れるべきである。

そして、この(チ)において仮にA B命題を否定すべきであるということになった場合は、前述の論点(ヘ)が問題になってくる。そしてそれと関連して被告の一定線の主張の理論的位置づけ、ひいては境界確定訴訟の理論構成ということも問題になろう。もっともたとえA B命題を肯定すべきであるということになった場合でも訴額の算定や訴訟費用の負担の関係では被告が一定線を主張しない場合の処理の仕方がやはり問題になることにも注意すべきである。

最後に、(チ)において仮にA B命題を否定すべきであるということになった場合は、(リ)当事者双方の主張線が交錯する場合にその中間に真の境界が存するという特殊な場合などについて論じる必要がある。これに対し、A B命題を肯定すべきであるということになった場合はその必要はない。いずれにせよ、特殊な場合についてまず論じてそれを一般化するということは適切でない。