

# 琉球大学学術リポジトリ

## 境界確定訴訟の訴額の算定と訴訟費用の負担

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	<a href="https://doi.org/10.24564/0002001756">https://doi.org/10.24564/0002001756</a>

## 境界確定訴訟の訴額の算定と訴訟費用の負担

玉 城 勲

- 一 はじめに
- 二 境界確定訴訟をめぐる現在の学説の状況
- 三 訴額の算定
- 四 訴訟費用の負担
- 五 今後の課題

### 一 はじめに

境界確定訴訟については、その訴訟としての性質や対象等をめぐって議論の存するところである。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解しており、この基本理論により具体的な帰結を導いている。この通説に対しては、対象と法的性質の一方、または双方について、これを批判する少数説が存する。私見も少数説に属する。<sup>1</sup>ところで、境界確定訴訟の訴額の算定の問題と訴訟費用の負担の問題についてはそれほど議論されていないが、訴額の算定については当事者双方の主張する境界線にはさまれたいわゆる係争地域の所有権の価格によること、また訴訟費用の負担については当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の関係から当

事者双方の負担の割合を決すべきことについてはあまり異論はないようである。しかし、これらの問題は境界確定訴訟の対象の問題や法的性質の問題と関連するはずである。とりわけ通説はこれらの問題において境界確定訴訟の対象や法的性質についての通説の立場と十分に整合した解釈を提示しているかが問われなければならないが、しかし、また少数説の立場でもこれらの問題については解決がスムーズにいかないところがある。本稿は従来それほど論じられてこなかった、この境界確定訴訟の訴額の算定の問題と訴訟費用の負担の問題を論じるものであるが、これらの問題については私自身、まだ十分に研究し尽くしたわけではなく、本稿では問題点を指摘するにとどまっているといってもよい。それゆえ、本稿は文字通り「研究ノート」であり、いずれは完全な論文に仕上げたいと考えているが、本稿で取り扱ったテーマについて、もしも読者諸氏から御教示が頂ければ幸いである。

以下では、まず最初に境界確定訴訟をめぐる現在の学説の状況を私なりに整理したものを示し、次に、訴額の算定の問題はどのように論じられているか、そしてそれは現在の学説の状況においてどのような問題点を有するかを考察し、次に、同様に訴訟費用の負担の問題について考察し、最後に今後の課題について述べることにする。

注 (1) 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、同「境界確定訴訟の特質」民事訴訟法の争点

〔新版〕一九六頁、同「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(一)(二)(三)(四・完)」琉大法学四五号一〇三

頁以下、四六号一頁以下、四七号一頁以下、四八号一五一頁以下。

## 二 境界確定訴訟をめぐる現在の学説の状況

一 境界確定訴訟についての現在の通説・判例は、境界確定訴訟は一筆の土地と一筆の土地の境界、すなわち地番の境界を非訟的に確定する訴訟であると解し、この基本理論により具体的帰結を導いている。しかし、この通説に対しては、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はずである、との観点から批判のあるところである。特に批判を受けているのは、(ア) 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る、(イ) 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しない、(ウ) 境界確定判決は所有権の範囲につき既判力を有しない、(エ) 当事者は一定線を境界として提示する必要はない、(オ) たとえ当事者が一定線を境界として提示しても裁判所はそれを越えて境界を確定することもできる、すなわち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る、(カ) 上訴審における不利益変更禁止の原則は適用されない、という五つの帰結である。これらの具体的帰結の全部または一部に反対する諸説が少数説ということになる。<sup>1)</sup>

二 ところで、通説・判例の基本理論は、実は区別することのできるふたつの理論から成っている。ひとつは、境界確定訴訟の対象は地番の境界であるとする理論であり、ひとつは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理論である。この境界確定訴訟の対象の問題と法的性質の問題とは学説において明確に区別されずに議論されてきた嫌いがあり、このことが境界確定訴訟をめぐる問題点の把握を妨げてきた。近時はこのふたつの問題を区別する傾向が見られるがまだ十分ではない。私は境界確定訴訟の対象の問題と法的性質の問題とは一応明確に区別したうえで、もし両者に関連性があるならその関連性を明確にすべきであると考え。そして通説の境界確定訴訟の対象は地番の境界であるとする理論を地番境界理論、境界確定訴訟の法的性質は形式的形成訴

訟であるとする理論を非訟理論と呼んでいる。通説・判例の具体的帰結とこれらの理論との関係は私見によれば、(ア) (イ) (ウ) は地番境界理論から、(エ) (オ) (カ) は非訟理論から導かれているが、(エ) (オ) (カ) はさらに地番境界理論によって正当化されている<sup>2</sup>。もともと非訟理論はさらに請求に関する非訟理論と境界確定に関する非訟理論から成っており、前者は原告の請求はともかくどこかに境界を確定せよ、というもので裁判所による境界確定自体に向けられているとする理論であり、右の(エ) (オ) (カ) はこの理論から導かれている。これに対し、後者は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べきである、とする理論であり、この理論からは、原告は境界の位置につき証明責任を負わない、という帰結が導かれており、これについてはあまり批判はなく、むしろ少数説によっても支持されている<sup>3</sup>。

三 少数説による批判は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はずであるのにそれを解決しない通説・判例はおかしいというもの(アイウに対する批判)や、所有権の範囲の争いなのに当事者処分権主義を適用しないのはおかしいというもの(エオカに対する批判)である。もともと、前者についてはどのように批判しながらも地番境界理論そのものは肯定する説、より正確に言えば地番境界理論の否定にまでいたっていない説と、地番境界理論を否定し境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界ではなく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であるとする説とに分かれているが、地番境界理論を肯定しつつアイウを否定することは論理的に不可能であることは別稿で詳論した<sup>4</sup>。また、後者については少数説の中には境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを解決する訴訟であるとしながらもエオカの全部または一部を肯定する説も存するのであり、このことから境界確定訴訟の対象の問題と法的性質の問題とは一応明確に区別すべきであるということがいえよう。

四 さて、これらの少数説からの批判に対し、通説の論者はどのように対応しているかという点、境界確定訴訟の対象の問題については、今日の通説の論者の多くは境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲とは無関係であるとすることはなく、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。しかし、それならなぜ通説は境界確定訴訟の対象は所有権の境界とせず、地番の境界とするのか、すなわちなぜ右の(ア)(イ)(ウ)を肯定するのが問われなければならない。通説の地番境界理論は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か、それとも所有権の境界かという問題に直面して地番の境界であるとして形成されたものではなく、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にしたにすぎないが、今や通説は境界確定訴訟の対象たる境界はなぜ所有権の境界ではなく地番の境界でなければならないのか、という問題に答えなければならなくなっている。なるほどそのような試みもなされているが十分に成功しているとは言えない。ただ、通説の中には地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しない場合、分筆・移転登記をして現在の所有権の範囲を登記簿に表して所有権範囲紛争の抜本的な解決をはかるためには地番の境界を確定する必要がある。この場合、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た場合、境界を接する隣地所有者どうしという境界確定訴訟の当事者適格を欠くことにならないかという通説内部での争いにおいて、当事者適格を肯定する立場がその論拠のひとつとしているものであるが、もしこの議論が正しいとすれば地番の境界を確定する訴訟の存在意義が証明されることになる。それゆえ、この論点が今後はより重要となるであろう。<sup>⑤</sup>

五 次に境界確定訴訟の法的性質の問題のうちの請求に関する非訟理論について、通説の論者は少数説からの批判に対しどのように対応しているかという点、これにつき今日の通説の論者は境界確定訴訟の対象の問題以上に

少数説からの批判に対して対応していない。これは現在の通説が形成される以前から、すなわち地番境界理論が提唱される以前から、請求に関する非訟理論およびそれから導かれるエオカを肯定するのが一般的な見解であったため、それが自明のことと受け止められたためであろう。それでは現在の通説が形成される以前は請求に関する非訟理論およびそれから導かれるエオカはどのように根拠づけられていたかという点、原告の一定線の主張をいわゆる訴訟上の請求としてとらえて当事者処分権主義をそのまま適用すれば、その線が境界と認められない場合は裁判所は原告の請求を棄却しなければならぬことになり境界紛争は解決されないから、原告の一定線の主張は訴訟上の請求ではなく単なる事実上の陳述にすぎないとする、私のいう「単なる線」的思考が支配していたことや、裁判所はさまざま事実をもとに衡平の見地からの裁量により境界を確定すべきである（境界確定に関する非訟理論）ということとは当然に当事者の主張にかなる意味でも拘束されないことをも意味すると考えられたことにより根拠づけられたということができよう。そして、境界確定訴訟と当事者の所有権の範囲との関連を事実上のものにすぎないとして理論上は否定する、私のいう所有権関連否定説によりエオカが正当化されたということが出来る。おそらく現在の通説もこのような根拠づけによるのであろうし、また所有権関連否定説から発展した地番境界理論により正当化するのであろう。しかし、さらには「甲地と乙地との境界線というものは、関係当事者の合意によっても左右できない性質を有している」からというように地番境界理論の当然の帰結としてエオカを導くような議論もなされている。なるほど地番の境界は分合筆の登記をしない限り、すなわち関係当事者の合意だけでは移動しない、そういう意味において当事者には処分権はない。それゆえ訴訟においても当事者処分権主義を否定しなければならぬ。このように地番境界理論はエオカを強力に支えるはずである。しかしながら、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、地番の境界について当事者処分権主義

を否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の争いを当事者処分権主義の否定のもとで解決したことになる。それゆえ、当事者の所有権の範囲の争いは当事者処分権主義のもとで解決されるべきであるとするならば、このように地番境界理論を肯定する通説はエオカの問題においてジレンマに陥ることになるはずであり、当事者の所有権の範囲は理論上は境界確定訴訟の対象ではないからということによりこのジレンマを脱することは無理な強弁である。これに対し、当事者の所有権の範囲の争いを当事者処分権主義の否定のもとで解決してもよいし、むしろそれが望ましいとするのであれば、そもそもそのようなジレンマは生じないことになる。非訟理論を提唱した雄本博士の論文には過小評価の危険から原告を救済するために右の(オ)を肯定すべきであるとするかのような議論も見られる。裁判所はさまざまな事実をもとに衡平の見地からの裁量により境界を確定すべきである(境界確定に関する非訟理論)ということ、当事者にとって裁判の予測が困難ということであるから、このような議論があっても不思議ではない。残念ながら、少数説の中の境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを解決する訴訟であるとしながらエオカの全部または一部を肯定する論者の中にも、はっきりとこのような議論を展開している者は見当たらないが、この点が今後、重要な争点になっていくものと思われる。

注 (1) 拙稿・前掲「境界確定訴訟について」民事訴訟雑誌三四号一七四頁。

(2) 同一七五頁。

(3) 同一七七頁。

(4) 拙稿・前掲「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。

(5) 飯塚重男「境界確定訴訟」新版・民事訴訟法演習1二〇頁以下(二一九頁)、松浦馨「不利益変更禁止の原則」



セミナー法学全集7民事訴訟法三三六頁以下(二三九頁)など。

- (6) 以上については、拙稿・前掲「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(三)(四)」を見よ。
- (7) 拙稿・前掲「境界確定訴訟について」民事訴訟雑誌三四号一七九頁注(1)。
- (8) 同一八一頁注(三)。
- (9) 以上は、雉本朗造「経界ノ訴ヲ論ス」京都法学会雑誌七卷九号五〇頁以下などからそのように分析される。
- (10) 田中水司・判批・法曹時報一五卷二二号一四〇頁以下(一四一頁)。同旨、花村治郎・判批・法学二八卷四号一  
二八頁以下(二三二頁)。
- (11) 拙稿・前掲「境界確定訴訟について」民事訴訟雑誌三四号一七六頁、一八一頁注(12)参照。

### 三 訴額の算定

一 訴額の算定についてはあまり議論されていないが、当事者双方の主張する境界線にはさまれたいわゆる係争地域の所有権の価格によるとするのが一般的な見解である。村松俊夫判事がこの見解を表明したことは知られているが、最初にこの見解を表明したのは私の知る限り昭和初期の前田直之助判事である。実務においても古くからこの見解がとられてきたようであり、また最高裁判事局長通知(昭和三二年二月二日付民事甲第四一三二号)および昭和三四年七月一七日法曹会決議もこの見解に立っている。これに対し、大正時代に山田正三博士が表明した見解はこれとは若干異なっていた。すなわち、「当事者カ為メニ受クル利益ハ経界線不明ノ為メ受クヘキ隣接地ノ侵入其他ノ侵害ヲ防クコト即權利関係ノ安固ヲ得ルコトニ依リ受クル所ノモノナリ、故ニ其価額ハ経界ノ長短従来経界不明ノ為メニ生シタル不利益等ヲ参酌シテ定ムヘク、原告主張ノ経界線ト被告主張ノ経界線トニ依

リ生スル中間土地ノ価額ハ之カ価額ヲ定ムル一資料タルヘシ」と言うのであり、これはいわゆる係争地域の所有権の価格は一資料であつて、それが即、訴額となるわけではないとするものであつたことになる。しかし、係争地域の所有権の価格は一資料なのか、それともそれが即、訴額となるのかといふかたちで議論されたことはない。ともかく今日においては係争地域の所有権の価格をもつて訴額とする見解が一般的である。<sup>1)</sup>

二さて、この見解と異なる意見は係争地域の所有権の価格は一資料であるとする右の山田博士の見解を除けば見当たらないが、境界確定訴訟の通説がこの見解をとることに對しては批判が存する。宮崎福一判事は、「単純に境界の創設のみを求め、係争地域に對する所有権の帰属に關する主張を含まない如き請求が現実に果してあるだろうかという疑問は私の常に感じているところであるが、(非訟事件たる性質を有する境界確定訴訟においては、訴額を如何に算定すべきこととなるのであろうか。実務の取扱いとしては、原告が正当なりと主張する境界線と被告が主張すると稱する境界線に圍繞された係争地域に對する所有権の価格によつて算定しているようである)<sup>2)</sup>」と述べ、伊藤葦子判事は「通説判例の立場からは境界確定の訴は所有権に無關係としながら、ここでも係争土地の範圍が訴額算定の基準となつてゐる。」<sup>3)</sup>と述べている。伊藤判事の批判は通説は当事者の所有権の範圍は境界確定訴訟の対象ではないとしながら所有権の価格をもつて訴額とするのは矛盾しているといふものであることは明らかであるが、宮崎判事の批判はこのような境界確定訴訟の対象の面からのみの批判なのか、それとも境界確定訴訟の法的性質の面からの批判も含むかは明らかでない。「非訟事件たる性質を有する境界確定訴訟においては、訴額を如何に算定すべきこととなるのであろうか。」という文章からは後者のようにも思われるが、判事は境界確定訴訟の対象の問題と法的性質の問題とを區別せずに通説を非訟事件説と呼んでいること、また境界確定訴訟の法的性質の面からの批判の具体的な内容は不明であることから、前者であると解される。また、佐々

木吉男教授は、「通説の立場からいえば、境界確定の訴えの訴額は本来算定不能とせらるべきであるにもかかわらず、通常、係争地の価格をもって訴額とされていることも、論理的に一貫性を欠いているといえよう。」と述べている。なぜ「通説の立場からいえば、境界確定の訴えの訴額は本来算定不能とせらるべきである」のかは明らかでないが、伊藤判事を引用しているところからして、やはり境界確定訴訟の対象の面からの批判であろう。

三 さて、通説に立つ論者でこの批判に答えた者は見当たらない。しかし、例えば通説の代表者と目されている村松判事がこの批判に答えるとすれば、なるほど理論的には当事者の所有権の範囲は境界確定訴訟の対象ではないが、実際上は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを解決するので、その実質からして係争地域の所有権の価格をもって訴額とするのが妥当である、と答えるであろうことは容易に推測される。通説に立つわけではないが、通説のいう境界確定訴訟、すなわち地番の境界を確定する訴訟をも認める佐々木平伍郎教授の次の叙述はこのような趣旨である。すなわち、教授は、「訴額については問題がある。何故なら、それは、原告がその請求によってえられる経済的利益をいうこととよりであるが、通説ないしは形成訴訟説のように、事件の実質を非訟事件と解し、境界を単なる事実と解するとすれば、それは、長さはあるが巾はありえず、したがって、それによってうべかりし原告の経済的利益の算定は不能となるからである。しかし、境界は、けっして単なる生の事実ではない。公法的境界の確定申立の場合といえども、それは、所有権と論理必然的に関連はしないけれども、そこから派生する法律上の権能としてこれをみる場合は、境界紛争の実質に即して訴額を算定してよいことになる。しかるときは、右の算定は、原告主張の境界線と被告主張のそれとの圍繞地の価格によるの他はない。何故なら、それ以外に境界はありえないからである。」<sup>8)</sup>と云うのである。ここにも境界確定訴訟の法的性質に関わった議論が含まれているかのようであるが、結局は境界紛争の実質は所有権の範囲の争いであるということで境界

確定訴訟の対象にのみ関わっている。

四 ところで、通説は境界確定訴訟において当事者は一定線を境界として提示する必要はない(具体的帰結のE)とするので、そのように当事者が一定線を境界と提示せず、そのため係争地域が判明しない場合はどのように訴額を算定すべきかが問題になる。これにつき村松判事は、そのような場合は「価額の算定は困難だが、実際には、殆どの訴訟で、原告はその主張する自己に有利な境界線と、被告の主張している境界線を主張して、係争地の範囲を明らかにしている」、それゆえ実際上はほとんど問題にならないとしているにすぎないが、奥村正策判事は、「具体的境界線の主張がない場合には係争地の範囲が判明せず、結局は財産上の請求ではあるけれども訴訟物の価格が算定不能に該当するものとして同法(民事訴訟用印紙法―玉城)三条一項を類推適用するほかはない。」と述べている。そうすると現行法の下では民事訴訟費用等に関する法律四条一項の類推適用により訴額は九五万円とみなされることになる。しかし、通説の他の論者がこれに賛成するか否かは明らかでない。<sup>11)</sup>

五 以上、訴額の算定についての学説を見てきたが、以下では境界確定訴訟の対象の問題と法的性質の問題とを明確に区別するという私の立場から問題状況を明らかにしてそれぞれの学説を正しく位置づけることを試みてみよう。

まず、対象の面では、通説は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しながら所有権の価格をもって訴額とするのは矛盾しているのではないかということが問題となる。宮崎判事、伊藤判事、佐々木吉男教授はこの点を批判している。これに対しては、なるほど理論的には当事者の所有権の範囲は境界確定訴訟の対象ではないが、実際上は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを解決するので、その実質からして係争地域の所有権の価格をもって訴額とするのが妥当である、とする答えが予想される。しかし、この答えは右の批判に

十分応えるものではない。やはり、一方では理論的には当事者の所有権の範囲は境界確定訴訟の対象ではないしながら、他方では実際上は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを解決するからとして、その実質に着目して係争地域の所有権の価格をもって訴額とするのは理論の破綻とは言わななくても、理論的に一貫していまいと言わねばならない。現在の通説と同様、理論的には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した山田博士が係争地域の所有権の価格は一資料であって、それが即、訴額となるわけではないとしたのはこのような理論的整合性を感ずることだったのかも知れない。しかし、実際上は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを解決するにもかかわらず、係争地域の所有権の価格は一資料であって「従来経界不明ノ為メニ生シタル不利益等ヲ参酌シテ定ム」とするのは、一般の所有権確認訴訟においては係争物の所有権の価格を一資料とするのではなく単純に係争物の所有権の価格をもって訴額としていくことと矛盾する。それゆえ、やはり係争地域の所有権の価格をもって訴額とするのが正しいであろう。しかし、通説の立場ではこれは理論的に一貫しないことになるのである。もともと、実際上は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを解決するが、理論的には当事者の所有権の範囲は境界確定訴訟の対象とすることはできない事情、すなわち境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるとし、そのため前述の具体的帰結の(ア)(イ)(ウ)を肯定しなければならぬ事情があれば、それもやむをえないとはいえる。しかし、はたしてそのような事情があるであろうか。私はそのような事情はないと考える。これについては別稿で詳論したので繰り返さない<sup>15</sup>。ちなみに、最初に係争地域の所有権の価格をもって訴額とするという見解を表明した前田判事は当事者の所有権の範囲は理論的にも境界確定訴訟の対象であるとする立場であったのであり、それゆえ理論的な整合性の点でも不都合はなかった。

六 さて、理論的には当事者の所有権の範囲は境界確定訴訟の対象とすることはできないという事情はないと考

えるが、ただ通説のうち、地番の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た場合、地番の境界は当事者の所有権の範囲を画さないことになるが、それでも当事者適格を欠くことにはならず境界確定の本案判決をすべきであるとする立場<sup>⑬</sup>(最高裁昭和五八年一〇月一八日判決<sup>⑭</sup>もこの立場をとる。)においては、理論的にも実際的にも当事者の所有権の範囲そのものは境界確定訴訟の対象とすることはできないことになる。この立場の論者で訴額について言及した者は見当たらないが、係争地域の所有権の価格をもって訴額とする実務の取り扱いについて何も言っていないということは、おそらくこれを承認するのであろう。しかし、そうだとすれば、この立場では判決により確定される境界は当事者の所有権の範囲を画しているとは限らないので、すなわち境界確定訴訟は実際上は当事者の所有権の範囲自体の争いを解決するとは限らないので、係争地域の所有権の価格をもって訴額とすることは原則的には境界確定訴訟の実質に着目したということができて、例外的に判決により確定される境界が当事者の所有権の範囲を画していない場合は境界確定訴訟の実質に着目したということができないことになる。そこで、この立場では例外の場合は係争地域の所有権の価格をもって訴額とせず別の算定方法によるとすることが考えられるが、しかし、これに対しては、その場合はいったいどのような算定方法によるのかという問題のほか、当該の事件が原則的な場合か例外的な場合かが訴え提起時はおろか訴訟の最後まで明らかにならない場合はどうするかという疑問が生じよう。

七 次に、境界確定訴訟の法的性質の面では、まず、通説は当事者は一定線を境界として提示する必要はなく(具體的帰結のオ)、たとえ当事者が一定線を境界として提示しても裁判所はそれを越えて境界を確定することもできる、すなわち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る(具體的帰結のオ)としながら、当事者双方の主張する境界線の範囲内を係争地域とし、その所有権の価格をもって訴額とするのは矛盾し

ているのではないかということが問題となろう。前述のように、佐々木平伍郎教授が、「境界紛争の實質に即して訴額を算定してよいことになる。しかるときは、右の算定は、原告主張の境界線と被告主張のそれとの圍繞地の価格によるの他はない。何故なら、それ以外に境界はありえないからである。」と述べているのは、教授は通説とは異なり前述の具体的帰結の（オ）を否定するようであるので、そのように言うことができるが、通説の立場では「それ以外に境界はありえない」わけではないので、「原告主張の境界線と被告主張のそれとの圍繞地の価格による」ことは疑問となるのである。しかしながら、教授はこのことを認識するにいたらず、右のように述べて通説が係争地域の所有権の価格をもって訴額とすることを肯定しているようであるのは遺憾である。結局、右の矛盾については従来まったく議論されてこなかったことになる。ちなみに前述のように少数説の中には境界確定訴訟は当事者の所有権の範圍の争いを解決する訴訟であるとしながらもエオカの全部または一部を肯定する説も存するが、そのような立場に属する小川英明判事も村松判事を引用して訴額は「係争地の価額」によるとしている。<sup>15</sup>これに対しても同じ疑問が妥当する。

八 最後に、やはり境界確定訴訟の法的性質の面から、通説は境界確定訴訟において当事者は一定線を境界として提示する必要はない（具体的帰結のエ）とするので、そのように当事者が一定線を境界として提示せず、そのため係争地域が判明しない場合はどのように訴額を算定すべきかが問題になる。これにつき、前述のように奥村判事がある場合の算定方法を論じている。それは財産上の請求ではあるけれども訴訟物の価格が算定不能であるとして現行法でいえば民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により訴額は九五万円とみなすということである。なるほど財産上の請求であっても訴訟物の価格が算定不能として扱ってよい場合があるかも知れない。<sup>16</sup>しかし、今の場合は原告が係争地域を特定しないために係争地域の訴額によることができないのであるから、原

告が係争地域を特定した場合とのバランスからして民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により訴額を九五万円とみなすことはおおいに疑問であるといわねばならない。しかし、他方では通説は当事者は一定線を境界として提示する必要はないというのであるから、これ以外に方法はないかも知れない。通説の立場ではこのような問題が生じるのである。

以上、通説の立場で係争地域の所有権の価格をもって訴額とするのは、境界確定訴訟の対象の面では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通説の理論と整合せず、境界確定訴訟の法的性質の面では当事者は一定線を境界として提示する必要はなく、たとえ当事者が一定線を境界として提示しても裁判所はそれを越えて境界を確定することもできる、すなわち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るとする通説の帰結と整合せず、また当事者が一定線を境界として提示しないため係争地域が判明しない場合はどのように訴額を算定すべきかが問題となるのである。

九 それでは、少数説の中で境界確定訴訟の対象についても法的性質についても通説と反対の立場をとる少数説、すなわち通説の地番境界理論と請求に関する非訟理論をともに否定し、それらから生じる具体的帰結を否定する少数説においては係争地域の所有権の価格をもって訴額とすることに何の問題も生じないのかというと、確かに右に見た通説におけるような問題は生じないが、考察しなければならぬ問題がある。もつとも、それはそのような少数説に立つがために生じる問題ではなく、通説、少数説いずれにおいても係争地域の所有権の価格をもって訴額とする以上、ほぼ共通に生じる問題である。

右の通説の問題点の三番目のものは当事者が一定線を境界として提示しないため係争地域が判明しない場合はどのように訴額を算定すべきかというものであった。そして、私は原告が係争地域を特定しないために係争地域



の訴額によることができないのであるから、原告が係争地域を特定した場合とのバランスからして民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により訴額を九五万円とみなすことは疑問であると述べた。しかし、これに対しては、係争地域とは原告の主張線と被告の主張線とはさまれた地域をいうのであるから、それは原告だけで特定できるわけではなく、原告被告双方の主張によって係争地域が特定されるのではないのか、という疑問が生じるはずである。しかしながら、このように原告被告双方の主張によって係争地域が特定され、その係争地域の所有権の価格をもって訴額とするということになると不都合が生じる。なぜなら被告がその訴訟において答弁書などで一定線を主張するまでは係争地域は定まらず、それゆえ訴額は定まらないということになるが、このように訴え提起時には訴額が定まらないということになると、事物管轄も、また手数料として訴状に貼付すべき印紙の額も不明ということになるからである。もつとも、そのうち事物管轄については訴え提起時には訴額が定まらないということにより特に不都合は生じない。なぜなら境界確定訴訟は不動産に関する訴訟であるので、訴額が九〇万円を越えない場合、地裁にも管轄権があり（裁判所法二四一条一項）、またその場合、原告が簡裁に訴えを提起したのに対し被告が地裁への移送を申し立てれば必ず地裁へ移送することになっているので（民事訴訟法三一条ノ三第二項）、結局、訴額が九〇万円を越えるか否かを問わず地裁に訴えを提起した場合は簡裁への移送は生じない反面、簡裁に訴えを提起した場合は被告が申し立てれば地裁への移送が生じるので、訴額が不明なまま地裁か簡裁に訴えたとしても、それは訴額が判明している場合に地裁か簡裁に訴えた場合と何の差異も生じないからである。これに対し、訴状に貼付すべき印紙の額が不明ということでは困る。そのためであろう、村松判事は、「原告はその主張する自己に有利な境界線と、被告の主張している境界線を主張して、係争地の範囲を明らかにしているから、原告がこの訴をもって主張する利益は、係争地の価額と解することができる。」と述べて

おり、被告主張線は原告が主張するとしている。被告主張線を原告が主張するというのは文章としておかしいのであるが、要するに被告はこの線が境界であるという主張をしているということを原告の方で示すということである。宮崎判事も「実務の取扱いとしては、原告が正当なりと主張する境界線と被告が主張すると称する境界線に圍繞された係争地域に対する所有権の価格によって算定しているようである。」と述べている。民事局長通知が「係争地域の物の価格」としているのも原告が自らの主張線と被告主張線を示すことにより係争地域を特定することを前提にしているといつてよいであろう。このように訴え提起時に訴額が不明ということでは不都合であるので、係争地域の所有権の価格をもつて訴額とするといつてもその係争地域は原告が特定するのであり、それゆえ原告が係争地域を特定しない場合、係争地域の訴額によることができなからといって民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により訴額を九五万円とみなすことは原告が係争地域を特定した場合とのバランスからして疑問であるということになるのである。

一〇 さて、訴え提起時に訴額が不明ということでは困るので、このように原告が自らの主張線と被告の主張線とを示すことによつて係争地域を特定し、その係争地域の所有権の価格をもつて訴額とするということであるが、しかし、それは他方では次の問題を生じる。それは、原告が示した被告の主張線が被告が真に主張する線に一致するとは限らないということである。また、たとえ原告が示した被告の主張線が従来被告が主張してきた線と一致するとしても、被告が訴訟になつてから主張を変えるのであればその現在の主張における線を被告の主張線としなければならぬので原告の主張線はこれと一致しないことになる。このように原告が示した被告の主張線が被告が真に主張する線に一致するとは限らないのに、原告が示した被告の主張線を基準にして、それと原告の主張線にはさまれた地域を係争地域としてその所有権の価格を訴額とすることは、いかにも不都合である。原告は

被告の主張線を過小に提示して訴状に貼付すべき印紙の額を節約することができることになる。原告が被告の主張線を示すのは訴え提起時の訴額が不明ということを避けるためであって、本来はやはり被告の主張線は文字通り被告が主張する線である。それゆえ原告が自らの主張線と被告の主張線を示すことによって係争地域を特定し、その係争地域の所有権の価格をもつて訴額とするとしても、これは訴え提起時に訴額が定まらないということを避けるための暫定的な取扱いであって、被告がその後、答弁書などで一定線を主張し、それが原告が示した被告の主張線と一致しない場合は訴額を算定し直さなければならぬはずである。むろん、被告が一定線を主張し、それが原告が示した被告の主張線と一致する場合は訴額を算定し直す必要はないし、また被告が一定線を主張しない場合も原告が示した被告の主張線を争わないものとみなしてよいであろう。しかし、被告が一定線を主張し、それが原告が示した被告の主張線と一致しない場合は訴額を算定し直し、訴状に貼付すべき印紙の追加を命じたり、反対に手数料を返還することをしなければなるまい。明確にこのように論じている者はいないようである。しかし、深沢利一判事が、「境界について当事者の主張が明らかであるときは、争いある範囲の土地の価額をもつて訴額とする。争いある土地の範囲が当事者の主張をもつても窺い得ないようなときは、裁判所は一応原告の申立を資料として算定し、訴訟の進行中争いのある範囲が明らかになった際改めて算定しなおし、訴額を確定するように処理すべきである。」と述べているのは、「境界について当事者の主張が明らかであるとき」とか、「争いある土地の範囲が当事者の主張をもつても窺い得ないようなとき」ということが何を意味するのか不明であるが、「裁判所は一応原告の申立を資料として算定し、訴訟の進行中争いのある範囲が明らかになった際改めて算定しなおし、訴額を確定するように処理すべきである。」という箇所のみを取り出せば、まさにこのような議論となる。

さて、このように訴額を算定し直すという処理をするのであれば、暫定的な訴額の算定においては別の発想も可能である。例えば、被告主張線はあくまで被告が提示すべきであり、たとえ暫定的にせよ原告が提示すべきではないという思考に立って訴え提起時には係争地域は特定していないので民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により訴額を九五万円とみなし、その後、被告の一定線の主張を待つて訴額を算定し直すということが考えられる。確かに原告が被告の主張線をあまりにも過小に提示してとりあえず印紙代を節約しようとするところがまったくないとはいえないので、これも考慮に値する。しかし、境界確定訴訟はすべて暫定的に訴額は九五万円とするというのは実際的に妥当とは思われないし、また被告が後に一定線を主張しない場合は訴額は九五万円のままなのかという問題も生じる。原告が被告の主張線を提示するとしても裁判官の心証を悪くしないために多くの場合は原告は被告の真実主張する線を提示するであろうから、やはり原告が被告の主張線も提示して、その係争地域の所有権の価格をもって訴額とし、被告の真の主張線がそれと異なるのであれば算定し直すということの方がよいであろう。

一一 以上は、通説と少数説のいずれに立っても共通した問題である。これに対し、原告が自らの主張線を提示しなかったり、自らの主張線は提示するが被告の主張線は提示しないために係争地域が判明しない場合にどのような処理をするかは通説と少数説とで若干異なってくる。通説の立場では当事者は一定線を主張する必要はないのであるから、当事者が一定線を主張しないことをもって訴状ないしは訴えを却下するということはできず、それゆえ訴額を算定しなければならない。ところがその場合は係争地域が判明していないので係争地域の所有権の価格によることができない。そこで奥村判事は民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により訴額を九五万円とみなすというのであるが、しかし、これは原告が係争地域を特定しさえすればその係争地域の所有権の

価格になることとのバランスからして疑問であることはすでに述べた。もっとも訴額を算定し直すという処理をするのであれば、この場合、暫定的に訴額を九五万円として、その後、被告の、あるいは原告および被告の一定線の主張があれば、その係争地域の所有権の価格により訴額を算定し直すということも考えられるが、暫定的にせよ原告が係争地域を特定しさえすればその係争地域の所有権の価格になることとのバランスはやはり問題となるし、また、その後、係争地域が特定しない場合は原告が係争地域を特定した場合とのバランスが終局的に問題となる。

以上に対し、少数説の立場では当事者は一定線を主張する必要があるので、当事者が一定線を主張しない場合には訴状ないしは訴えを却下することができ、それゆえ訴額の算定は問題にならないかのようである。しかし、それは原告は自らの主張線だけでなく被告の主張線も提示しなければならないと解した場合である。これに対し、原告は自らの主張線は提示しなければならないが被告の主張線は提示する必要はないと解する場合には、原告が自らの主張線さえも提示しない場合は訴状ないしは訴えを却下することができるが、自らの主張線は提示するが被告の主張線は提示しない場合は訴状ないしは訴えを却下することはできず、それゆえ訴額の算定が問題となる。それで、もし民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により訴額を九五万円とみなすということになると、右に通説について述べたこととだいたい同じことが問題となる。すなわち原告が被告の主張線を提示して係争地域を特定しさえすればその係争地域の所有権の価格になることとのバランスが問題となり、また、たとえ訴額を算定し直すという処理をすることにして暫定的なものであるとしてもバランスはやはり問題になるし、また、その後、被告が一定線を提示しないため係争地域が特定しない場合は原告が係争地域を特定した場合とのバランスが終局的に問題となる。もっとも、少数説では被告も一定線を主張しなければならないというのであろうが、

そうは言っても被告が一定線を主張しない場合は、まさか原告の訴えを却下することはできないから、右に述べたことに変わりはない。このように考えるならば、原告は自らの主張線だけでなく被告の主張線も提示しなければならぬと解した方がよいということになるが、そうなるとその理論的な根拠づけが今後の課題となることはいうまでもない。

注 (1) 村松俊夫・境界確定の訴(増補版) 一七頁注(一)。

(2) 前田直之助「境界確認の訴に就きての管見」法曹記事三三卷一頁以下(四四頁)。

(3) 山田正三「各種ノ訴訟物及其価額(一)」法学論叢一三卷一〇号二六頁以下(三七頁、三八頁)。

(4) 奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟講座4一七九頁以下(一九〇頁)、倉田卓次「境界確定の訴について」最高裁判務総局・境界確定訴訟に関する執務資料五七七頁以下(六一三頁)、深沢利一「訴額」藤田耕三二小川英明編・不動産訴訟の実務七八頁など。

(5) 宮崎福二「境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(二三頁)。

(6) 伊藤登子「境界確定の訴訟に関する判例・学説」最高裁判務総局・境界確定訴訟に関する執務資料六四九頁以下(六九五頁)。

(7) 佐々木吉男「形式的形成訴訟の上訴」小室・小山還暦裁判と上訴(中)六一頁以下(七一頁)。

(8) 佐々木平伍郎「境界確定の訴の性質について―境界の態様にもとづく性質論の展開―」判例評論一四一号(判例時報六〇六号)一〇八頁以下(一一三頁)。

(9) 村松・前掲一七頁注(一)。

(10) 奥村・前掲一九〇頁。

(11) 通説に立つのではないが、伊藤・前掲六九五頁は奥村判事の見解に賛成のようである。

(12) 拙稿・前掲「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。

(13) 同二九頁以下参照。

(14) 民集三七卷八号一一二二頁。

(15) 小川・前掲三六〇頁。

(16) 最高裁昭和五三年三月三〇日民集三三卷二八号四八五頁は、地方自治法二四二条の二第一項四号所定の損害賠償請求権は財産上の請求に当たるとしながらも、「その価額を算定する客観的、合理的基準を見出すことも極めて困難であるから」としてこのような取り扱いをしている。

(17) 村松・前掲一七頁注(一)。

(18) 宮崎・前掲三頁。

(19) 深沢・前掲七八頁。

(20) ちなみに、前田直之助・前掲四四頁は、「境界確認の訴に於ける訴訟物の価格は係争地の価格を以つてそれとする、係争地とは原被告各自の主張する線に依りて囲まれた地域を云ふ、被告が一定の線を主張せぬときは現在の表見の境界線を以つて一方の線とするの外はあるまい。」と述べている。それからすれば前田判事は原告が被告の主張線を提示するということは考えていないようであり、ということは訴え提起時に暫定的にせよ訴額の算定を可能にするという配慮をしていないようである。また、被告が一定線を主張しない場合については現在の表見的境界線をもってそれとするはかはないと言う。しかし、現在の表見的境界線が判明しない場合や、それが原告の主張線と一致す

る場合はどうするのであろうか。

#### 四 訴訟費用の負担

一 東京高等裁判所昭和三九年九月一五日判決<sup>1)</sup>は境界確定訴訟の訴訟費用の負担について判示した唯一の判例である。事案は第一審判決は原告の主張線を境界として確定し、訴訟費用を被告の負担としたのに対し、被告は他の論点とともに訴訟費用の負担についても争って控訴し、さらに上告したというもので、上告理由として「境界確定の訴は地番の境界の不明の場合訴訟の形式を用いて、単に公権的に決めようとするもので、正確には所謂民事紛争ではなく、従って訴訟法上の勝訴敗訴はない。……従ってかような場合には、これを積極的に自ら明らかにしたいと念ずる者が判決の如何に拘らず、すべての訴訟費用を負担すべきものである。仮に之が当たらないとするも少なくとも各自弁とすべきものである。」と主張しているというものであるが、本判決は「境界確定の訴が実質は非訟事件であることは、上段で判示したとおりであるが、訴訟によらせている以上、訴訟費用の負担について民事訴訟法によって定めるのも当然である。その判決は実質的にみても、当事者の主張に対比して、その請求を認容したかしないか、或はその一部を認容したかどうかということが、必ず云えるものである。従って、訴訟費用を常に必ず原告に負担させることなく、民事訴訟法に定める訴訟費用の負担の原則に従って、実質的にみて敗訴者に負担させることが、憲法に違反しているとはいえない。」と述べて上告を棄却した。本判決は村松判事が裁判長となったものであり、村松判事はその論文においても本判決を引用して、「この訴が非訟事件であるから、理論的には勝敗がないということになるが、実質的にはいずれの主張に有利な判決かということが判る。したがって、訴訟費用の負担については、右の意味での勝敗を考えて定むべきである。」と述べている。



実質的な勝敗によって定めるといふことは、当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の関係から当事者双方の負担の割合を決するといふことである。

前述のように通説は境界確定訴訟の法的性質に關して請求に關する非訟理論をとる。すなわち、原告の請求はともかくどこかに境界を確定せよ、というもので裁判所による境界確定自体に向けられているとする。この理論により、当事者は一定線を境界として提示する必要はない（具体的帰結の工）とか、たとえ当事者が一定線を境界として提示しても裁判所はそれを越えて境界を確定することもできる、すなわち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る（具体的帰結のオ）とか、上訴審における不利益禁止の原則は適用されない（具体的帰結のカ）という具体的帰結を導いている。さて、このように原告の請求はともかくどこかに境界を確定せよ、というもので裁判所による境界確定自体に向けられているとすると、裁判所がどこかに境界を確定すればそれはすべて原告の請求を認容したことになるのであって、言ってみれば常に原告が勝訴といふことにもなるが、常に原告が勝訴といふことだと勝訴という意味がないのであって、むしろ勝敗はないといふべきである。そして、非訟事件においては民事訴訟におけるような勝敗はないので、原則として一律に申立人に費用を負担させている（非訟事件手続法二六条）<sup>3</sup>ことからすれば、通説によれば実質は非訟事件である境界確定訴訟においても原則として原告に訴訟費用を負担させるべきであるともいえる。そこで右の上告理由は原告が負担するか、少なくとも自弁とすべきであると主張したのであるが、本判決は実質的な勝敗によって定めるべきだとしたのである。村松判事の論文もそのように論じたのである。

右の判決の前に、竹下守夫教授は境界確定訴訟の別の判例の評釈において、境界確定訴訟の訴訟費用の負担について簡単に言及していたが、それは、「第一審の費用の負担は、民法二三三条、二二四条を類推して決めるべ

きだと考える。」<sup>(5)</sup> というものであった。民法二三三条は、「土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ト共同ノ費用ヲ以テ疆界ヲ標示スヘキ物ヲ設クルコトヲ得」と規定し、民法二二四条は、「界標ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者平分シテ之ヲ負担ス但測量ノ費用ハ其土地ノ広狭ニ応シテ之ヲ分担ス」と規定している。それで民法二三三条および民法二二四条本文を類推すれば境界確定訴訟の訴訟費用は原告被告が平分することになり、民法二二四条但書を類推すれば境界確定訴訟の訴訟費用は原告被告がそれぞれの土地の広狭に応じて分担することになるのである。教授の言わんとするのはそのうちのいずれかが問題となるが、いずれにせよ村松判事のいうような実質的な勝敗によって定めるというものではなかつた。しかし、竹下教授のこの見解は注目されず、村松判事の見解が一般的な見解であるといつてよいであろう。

二 しかし、境界確定訴訟の通説の論者が訴訟費用は実質的な勝敗によって定めるとしていることに対しては、伊藤瑩子判事により次のような疑問が表明されている。「通説、判例の立場からすれば、この訴の判決には理論的に勝敗がないことになるから、民訴法八九条によって訴訟費用を敗訴者に負担させることはできないし、また、一部勝訴もないはずであるから、民訴法九二条によって訴訟費用を両当事者に負担させることもできないはずである。しかし、実務上は実質的にはいずれの主張に有利な判決かということから訴訟費用の負担者を決めていようである(村松)がこれも訴えの性質にかんする理論より当然にはみちびかれない取扱ひ方である。」<sup>(6)</sup> そして、佐々木吉男教授も伊藤判事を引用して同趣旨を述べているし、また倉田卓次判事も、「境界確定の訴は請求棄却はない、と一方で言いながら、他方で実質的には認容・棄却が必ずある、と言わなければ、費用の裁判ができません、と苦しいですね。」<sup>(7)</sup> と述べている。これらはすべて、当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の關係から当事者双方の負担の割合を決するということは通説のいう境界確定訴訟の法的性質と矛

盾しているという批判であるといつてよい。この批判に対して通説の側からの反論はまったく見られない。

三 以上の批判のほか、佐々木吉男教授は「通説の立場によれば、両当事者ともに境界線について主張立証を要しないのであるから、もし両当事者がなら特定の境界線を主張立証しようとしないうち、あるいは当事者の一方のみが境界線についてなら主張立証しようとしないうち、訴訟費用の負担は何を基準として命じるのであるか。」という疑問を提示している。これは通説は境界確定訴訟において当事者は一定線を境界として提示する必要はない（具体的帰結の工）とするので、そのように当事者が一定線を境界として提示しない場合は、当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の関係から当事者双方の負担の割合を決することはできないが、その場合はどのような基準で訴訟費用の負担を定めるのかということであろう。もっとも、教授は、「主張立証を要しないのであるから」として立証についても問題にしているが、当事者が一定線を主張するのであれば、立証の要否を問わず当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の関係から当事者双方の負担の割合を決することができるのであって、当事者が一定線を主張しない場合のみそれが不可能なのであるから、立証は今の問題とは無関係といわねばならない。なお、古く前田判事も非訟理論を批判して、「併し民事訴訟である以上、一定の申立も一定の主張も無くて善いものはない筈であつて、それでは第一、原告の勝も敗も無く、訴訟費用の裁判などは出来なくなる」という批判をしている。このような疑問ないし批判に対し、通説に立つ論者でその場合はいかなる基準によるべきかを論じた者は存しない。

四 訴訟費用の負担についての学説・判例は以上のとおりであるが、これについて以下で検討を加える。まず、竹下教授の見解であるが、教授は請求に関する非訟理論およびそれから導かれる前述の具体的帰結（オ）に賛成しており、それゆえそのように請求に関する非訟理論を肯定すれば境界確定訴訟は理論的には勝敗がないという

ことがこのような見解を生み出したと思われる。勝敗はないので勝敗によって訴訟費用の負担を定めることはできないということから、境界票設置の費用を規定した民法二三三条、二二四条の類推を思いついたのであろう。しかし、境界確定訴訟の実質からすれば勝敗がある。そのため村松判事は境界確定訴訟の実質により訴訟費用の負担を決すべきだとしたのである。結局、竹下教授は理論を重視し、村松判事は実質を重視したということができる。もともと理論を重視すればなぜ民法二三三条、二二四条を類推すべきことになるのかという問題はある。しかし、それに立ち入るまでもなく、実質を重視した村松判事の見解が妥当であることは明らかであり、それだからこそこれが一般的な見解となっているのである。

しかし、実質を重視したその見解は境界確定訴訟には勝敗はないというその理論とうまく整合しないのは明らかであり、その点が伊藤判事、佐々木吉男教授、倉田判事によって批判されているのである。やはり、一方では境界確定訴訟には勝敗はないとしながら、他方では勝敗はあるというのは理論的に矛盾している。それに、当事者の一定線の主張はいわゆる請求ではなく事実上の陳述にすぎないとしながら、他方ではその事実上の陳述にすぎないはずの主張と裁判所が確定した境界の位置の關係から当事者双方の負担の割合を決するということも理論的に矛盾しているというべきであろう。これは前節ではふれなかったが、実は訴額の算定についても同様のことがいえるのであって、一方では当事者の一定線の主張は事実上の陳述にすぎないとしながら、他方では当事者双方の主張する境界線には含まれた地域の所有権の価格をもって訴額とするのは理論的に矛盾すると思われる。さらにこれを実質面からいってと訴額の算定についてと同様、訴訟費用の負担についても、請求に関する非訟理論から導かれる具体的帰結の(オ)との關係で問題が生じる。すなわち通説は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るとするが、当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置

の関係から当事者双方の負担の割合を決するということはそれとまぐ整合するののかという疑問が生じるのである。

五 もうひとつの問題点は前田判事、佐々木吉男教授が指摘しているように、通説は当事者は一定線を提示する必要はないというが、当事者が一定線を提示しない場合、訴額の算定はいかなる基準によるべきかということである。このように係争地域が特定しない場合、訴額であれば民事訴訟費用等に関する法律四条二項の類推適用により九五万円とみなすということも考えられるが、訴訟費用の負担についてはそのような規定はない。そこで、そのような場合は原告が負担するか、平分とか、各自弁とかが考えられようが、いずれにせよ当事者が一定線を主張した場合には当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の関係から当事者双方の負担の割合を決するということとのバランスからして疑問が生じる。

六 以上、境界確定訴訟の法的性質の面から通説は問題が生じることを見たが、これに対し、境界確定訴訟の対象の面からは訴訟費用の負担については特に問題は生じないようである。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しても、それぞれの一筆の土地の範囲がどこまで及ぶかについて争っている以上、当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の関係から当事者双方の負担の割合を決するのは自然であるからである。

七 なお、少数説に立っても、当事者が一定線を主張しない場合に訴訟費用の負担をどうするかという問題が生じることは訴額の算定におけると同様である。ここでは訴額の算定と異なり訴え提起時に係争地域が判明しなければ不都合であるという事情はないが、訴額の算定について述べたように、原告は自らの主張線だけでなく被告の主張線も提示しなければならず、後に被告が一定線を提示した場合はそれにより係争地域を訂正すると

いうことをするならば、当事者双方の主張する境界線と裁判所が確定した境界の位置の関係から当事者双方の負担の割合を決するという原則を貫くことができる。

注 (1) 下民集一五卷九号二一八四頁。

(2) 村松・前掲一〇二頁注(七)。

(3) 入江一郎Ⅱ水田耕一Ⅱ関口保太郎・条解非訟事件手続法九五頁、沼辺愛一「非訟事件・家事審判における手続費用とその裁判」実務民事訴訟講座7二二七頁以下(二一九頁)。

(4) 竹下守夫・判批・法学協会雑誌八二卷四号二一九頁以下(二二四頁)。

(5) 伊藤・前掲六九五頁。

(6) 佐々木吉男・前掲七一頁。

(7) 倉田・前掲六四二頁。

(8) 佐々木吉男・前掲七一頁。

(9) 前田・前掲二六頁。

## 五 今後の課題

境界確定訴訟における訴訟額の算定の問題と訴訟費用の負担の問題については、損害賠償請求訴訟において原告は請求額を提示する必要があるか否かと関連した訴訟額の算定の問題と訴訟費用の負担の問題、債務不存在確認訴訟における係争の債務額の特定と関連したそれらの問題をも視野に入れて論じる必要があるが、本稿ではそこま

ではできなかった。またドイツでの議論も参考にする必要があるが、それもできなかった。今後、それらも含めて本稿で提起した問題について考察を進めていきたい。