

琉球大学学術リポジトリ

境界確定訴訟の対象たる境界とは何か（四・完）

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/20.500.12000/2163

境界確定訴訟の対象たる境界とは何か（四・完）

玉城 勲

目次

序論

第一章 学説・判例

第一節 序

第二節 第一期

第一款 学説

第二款 判例（以上四五号）

第三款 大正一〇年六月八日大審院判決および山田説

第三節 第二期

第一款 昭和九年八月一〇大審院判決

第二款 吉川説

第三款 兼子説

第四款 昭和一五年七月一〇日大審院判決および吾妻説

第五款 その他の学説・判例（以上四六号）

第四節 第三期

第一款 境界確定訴訟否定説(宮崎説)

第二款 地番境界説(村松説)

第三款 地番境界説(小川説)

第四款 地番境界説(小室説)

第五款 地番境界説(新堂説)

第六款 所有權境界説(森松説)

第七款 所有權境界説(高津説)

第八款 所有權境界説(花田説)

第九款 所有權境界説(宮川説)

第一〇款 二種類説(佐々木説) (以上四七号)

第一款 適法説と不適法説

第二款 地番境界・所有權境界説(林屋説)

第三款 通説の少数説に対する対応

第四款 判例

第五節 ドイツ法の及ぼした影響

第六節 要約

第二章 私見(以上本号)

第一一款 適法説と不適法説

一 少数説としては、もうひとつ、林屋礼二教授の説を取り上げなければならぬが、その前に通説内部の適法説と不適法説の対立について述べておくのが適當である。この対立については、村松判事が不適法説を採ったのは地番の境界まで具体的に当事者の所有権の範囲が及んでいなければ地番の境界を確定する訴訟を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ことができないと考えたためであるといつて間違いないこと、小川判事が適法説を採ったのは主とし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いう通説の理論を一貫させるためであったが付随的にその場合に地番の境界を確定することの実益にもふれたこと、独自の論拠により適法説を採った小室教授もその場合に地番の境界を確定することの実益を重要なものとは見なかつたことについてはすでに見た通りである。以下では、その後の学説の動きと最高裁判決について述べる。

二 奥村正策判事は地番の境界まで具体的に当事者の所有権の範囲が及んでいなければ当事者は地番の境界の確定について何らの利益を有しないことを不適法説の論拠にしている。¹⁾これは村松判事の右の論拠と同一に帰するであろう。また、畑郁夫判事は地番の境界まで具体的に当事者の所有権の範囲が及んでいることが訴えの利益²⁾であらう。また、畑郁夫判事は地番の境界まで具体的に当事者の所有権の範囲が及んでいることが訴えの利益³⁾であるとして要求されることにつき、「この訴訟要件を設定することによって初めて境界確定訴訟の二重性格性——一方で、表向き公法上の境界線を形成確定する非訟事件であるにもかかわらず、実は所有権確認の要素を有し、現実には所有権争い解決機能を有していること——を説明しうる接点ともなっている」と述べているが、ここには不適法説は地番の境界を確定する訴訟を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ために導かれた説であることがよく示されている。この不適法説はこれまで適法説よりも優勢であると見

られてきた。

三 一方、上田徹一郎教授は取得時効の成否は境界確定とは無関係であるとした昭和四三年二月二二日の最高裁判決の判例評釈において、「境界確定訴訟を境界確定と所有権確認の当然の複合訴訟とする方法（小室説）によらず、地番と地番の境界線確定訴訟としてその独自性を認め」る立場、すなわち通説の立場では、当事者適格についても小川説までいかなないとその徹底を欠き、不経済かつ首尾一貫しない結果となる。」と述べている。もっとも教授は「境界確定訴訟として争われるものが実は所有権の帰属をめぐる争いであることが多いこと」を認めている。しかし、「多い」ということは境界確定訴訟として争われるものの中には所有権の帰属をめぐる争いではないものも存在するということである。そのためであろう、小室説を「当事者が境界線確定のみを求める場合にも所有権確認を押しつけることとな」として批判し、「所有権の範囲については、所有権確認請求の併合あるいは反訴を提起するか否かを当事者の自由に任せ」るべきだとする。このように教授においては理論の一貫性ととも境界確定訴訟の当事者の真の紛争は常に所有権の範囲の争いであるとはいえないという認識が適法説の論拠になっているということが出来る。しかし、境界確定訴訟の当事者の真の紛争が所有権の範囲の争いではない場合とはいかなる場合であろうか。教授はこのことを明らかにする必要がある。私見によれば、仮にそのような場合があるとしても、それは所有権の範囲の争い自体ではないというにすぎず、分筆・移転登記をして当事者の現在の所有権の範囲を登記簿に表すというような所有権の範囲の争いに関連した争いであるはずである。

四 同じ判決の判例評釈において、平田浩判事も適法説を採るが、境界確定訴訟が民事訴訟によって行われる実質的な根拠は訴訟の結果が間接的にでも所有権の範囲を確定する結果となることに求めるほかはないとして、このような間接的な効果さえ期待できない場合に訴権を否定する不適法説は理論としては一貫しているという。平

田判事が適法説を採るのは、実際的な考慮であり、①不適法説は訴訟経済に反するとか、②境界の一部分についてだけ取得時効が成立する場合にその部分だけ訴えを却下するのは奇異であるといふことのほか、③地番の境界が確定されていないと分筆・移転登記をして当事者の現在の所有権の範囲を登記簿に表すことができないといふ趣旨のことを述べている。このうち①③は小川判事が付随的に適法説の論拠としたものであり、しかも③は確信があるようでもなかったのに対し、平田判事にあつてはこのような実質的な根拠が適法説の論拠とされていることが目立っている。

平田判事は境界確定訴訟が民事訴訟によつて行われる実質的な根拠は訴訟の結果が間接的にも所有権の範囲を確定する結果となることにあるとして、不適法説は理論的には一貫しているといふ。しかし、そのような実質的な根拠にもかかわらず、通説は境界確定訴訟は公法上の境界を確定する訴訟であつて当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないといふ理論を立てるのであるから、このことの不当性を指摘するならともかく、そのような理論を立てたにもかかわらず当事者適格に関してだけ具体的な所有権の帰属を問題にする不適法説は理論的に一貫しないということになるはずである。それゆえ不適法説は理論的に一貫しないといふ小川判事や上田教授の見方がやはり正しいといわねばならないが、それはともかくとして平田判事が実質的な根拠により適法説を主張したことは注目すべきである。とりわけ③は当事者の所有権の争いを解決すること自体ではないが、それに付随することであり、このような意味で当事者の所有権の範囲の争いの解決に資するといふことにより適法説を根拠づけたことは重要である。

五 右の昭和四三年二月二日の最高裁判決は取得時効の成否は境界確定とは無関係であるとして、取得時効につき判断せずに境界を確定した原審判決を支持したが、取得時効が成立する場合、訴えは適法か不適法かについ

てまったく判示していないため最高裁が適法説を採るものかはいまひとつ明らかでなかった。⑩ 下級審判例は適法説と不適法説に分れていた。⑪ このような状況において、昭和五八年一〇月一八日の最高裁判決は適法説を採ることを表明した。その理由は次の通りである。「右取得時効の成立する部分が、いかなる範囲でいずれの土地に属するかは、両土地の境界がどこにあるかが明確にされることにより定まる関係にあり、——甲番地と乙番地の境界が不明確なままでは、そのことに起因する紛争の抜本的な解決はありえないのであって、たとえ本件訴訟において、取得時効の対象とされた甲番地の一部をYにおいてその所有権を取得したことがXとの間で明らかにされていても、右土地部分を甲番地から分筆してYに所有名義を変更したうえ、その所有権移転登記手続きを義務があり、右手続のためにも両土地の境界が明確にされることが必要とされるのである。」適法説を提唱した小川判事は理論の一貫性を適法説の主たる論拠としたが、付随的にその場合に地番の境界を確定することの実益にも触れた。ところが、本判決はまさに地番の境界を確定することの実益を適法説を採る理由としている。そして、その実益とは、「紛争の抜本的な解決」に役立つということであるが、その紛争とは所有権の範囲の争いである。すなわち所有権の範囲の争いを抜本的に解決するためには単に当事者の現在の所有権の範囲を明確にするだけでは足りずそれを登記簿に表す必要があるが、そのためには分筆・移転登記が必要であり、そして分筆・移転登記のためには地番の境界の位置が明確にされることが必要であるから、というのである。右判決理由中、「取得時効の成立する部分が、いかなる範囲でいずれの土地に属するかは、両土地の境界がどこにあるかが明確にされることにより定まる関係にあり」ということも、したがって分筆・移転登記のために地番の境界を確定する必要があるということに帰着するものと思われる。⑫

六 このように本判決は境界確定訴訟は公法上の境界を確定する訴訟であって当事者の所有権の範囲を確定する

訴訟ではないという理論を一貫させるためではなく、当事者の所有権の範囲の争いの抜本的な解決に役立つという実益によって適法説を根拠づけているのである。これは同じ適法説でも小川判事の適法説とは考え方にかなりの差異があり、対照的であるが、本判決のような考えはすでに平田判事に見られたし、適法説を採る下級審判決にも現れていた¹⁹。そして、適法説は本判決の判例評釈等で支持者を増やしている²⁰。その中でも、これまで不適法説の立場に立っていた畑判事が「本判決の結論の具体的妥当性に賛同し、とりあえず判旨に賛成²¹」したことは注目し得る。すなわち判事は分筆・移転登記のためには地番の境界が確定されることが必要であるということをも「十分首肯できる²²」というのである。そのうえ、さらに、「瑣末な点かもしれないが、こうしておかないと」、当事者間で甲番地の一部「の固定資産税の清算をするような場合にも不便を来たすことになろう²³。」とも述べている。それゆえ、判事はほぼ適法説に改説したといってよいように思われる。ただ、判事は本件では分筆・移転登記請求という所有権の範囲の確認を前提とする予備的反訴がYから提起されていることを重視し、このような請求の併合がなければ当事者の所有権の範囲は明らかにされないもので、そのままでは地番の境界を確定する意味がないことになるし、裁判所としては適切な訴訟指揮により所有権的な関連請求を促し、紛争の一挙的な解決を示唆すべきだとしている²⁴。これはそのような所有権的な関連請求が提起されない場合は境界確定の訴えを却下すべきであるという趣旨とも受け取れる。しかし、このような適法とすべき場合を制限するという発想は実益によって適法説を根拠づける立場では当然ありうることであるし、現に適法説に立つ論者もこれをひとつの論点としてとらえている²⁵。このように畑判事が適法説に改説したと見られることからしても、通説内部の適法説と不適法説の対立は今日では適法説が優位に立ちつつあるということが言えよう。そして、適法説は小川判事が主たる論拠とした理論的一貫性ではなく、小川判事が付随的に、またそれほど確信がなく論拠にしたところの実益によって

根拠づけられるようになってきたのであり、そしてそれだからこそ支持者を増やしているということができよう。七 適法説を本判決のような考えにより根拠づけるとすれば、次のように言うことができる。すなわち、通説は境界確定訴訟は公法上の境界を確定する訴訟であって当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないとするものの、不適法説も適法説も境界確定訴訟を当事者の所有権の範囲の争いという観点から正当化することでは共通する。ただ不適法説は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画していない場合、当事者の所有権の範囲自体の争いの解決のみを考え訴えを不適法とするのに対し、適法説は当事者の現在の所有権の範囲を登記簿上表して当事者の所有権の範囲の争いを抜本的に解決することを考えて訴えを適法とするものである、と。

八 その後、昭和五九年二月一六日の最高裁判決は境界確定の訴えを不適法として却下した原審判決を是認したが、それは第三者所有の土地が介在する事案についてのものであり、地番の境界を超えて当事者の一方が他方の所有地の一部を所有する場合については本判決により表明された適法説の立場に変更はないものといつてよい。

注

- (1) 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(昭和四四年)一七九頁以下(一九七頁)。
- (2) 畑郁夫「境界確定訴訟」法学教室三七号(昭和五八年)六七頁以下(六九頁)。
- (3) 上田徹一郎・判批・判例時報五二二号一三頁以下(一二五頁)。
- (4) 上田・一二四頁。
- (5) 上田・一二四頁。
- (6) 平田浩・判批・民商法雑誌五九巻二号四二〇頁以下(四三〇頁)。

(7) 平田・四三二頁、四三三頁。

(8) 平田判事は「境界確定訴訟を民事訴訟の手続で行う根拠として所有権の範囲の事実上の確定を考ふる立場から、小川説にまではふみきれないが、このような趣旨から、本件の場合には当事者適格を肯定して差し支えないと思う。」と述べている。「小川説にまではふみきれない」というのは小川判事が境界確定訴訟の当事者は「登記簿その他の公簿上所有者等とされている者でなければならぬし、またそれで足る」と述べているためであろう。畑判事も小川説を評して、「この説だと実際問題として所有名義人が色々な理由で単なる名義貸し人にすぎない場合にはとうてい妥当な結論となりにえないことが目に見えているように思われる。」（判批・民商法雑誌九一巻二号二六六頁）と述べている。しかし、小川判事の文章をよく読めば右の文言にもかかわらず小川判事も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ような場合のみを考えていることは明らかである。

(9) 民集二二巻二号二七〇頁。

(10) 上田・前掲判批二二五頁参照。

(11) 下級審判例については、松山恒昭「境界確定の訴えの当事者適格」判例タイムズ五二二号（昭和五九年）四二頁以下、小川健・判批・法学研究五七巻二二五五頁以下など参照。

(12) 民集三七巻八号一一二二頁。

(13) 山本和彦・判批・法学協会雑誌二〇二巻七号一四一九頁以下（一四二五頁）は、地番の境界の位置いかんによりいずれの当事者が時効取得の主張・立証をしなければならぬかが決まることをも、「抜本的解決」に含めている。なるほど時効取得の主張責任、立証責任については氏の言うとおりであるが、主張責任、立証責任の所在を決するために地番の境界を判決で確定する必要があるかは疑問であり、単に所有権に基づく訴訟（所有権境界説によるところの境界確定

訴訟もこれに属する。)で前提問題として争えば足りよう。また、その場合も、多くは地番の境界のおおよその位置が実際上意味をもつにすぎないであろう。

(14) 適法説を採る下級審判決の判決理由については、例えば小川・前掲判批参照。

(15) 山本・前掲判批、松山・前掲、加藤新太郎「境界確定訴訟の当事者適格」裁判実務体系・不動産訴訟法四五頁以下。

(16) 畑郁夫・判批・民商法雑誌九一卷二号二五五頁以下(二五九頁)。

(17) 畑・二六五頁。

(18) 畑・二六五頁、二六六頁。

(19) 畑・二六九頁。

(20) 山本・前掲判批一四二六頁、一四二七頁。もっとも、山本氏自身は畑判事とは反対の考えを採る。この論点については、適法説を提唱した小川正澄判事は境界確定訴訟と所有権確認訴訟の併合の場合について当事者の所有権の範囲を画しない地番の境界を確定することの実益を論じたことも想起すべきであろう。本稿(三)琉大法学四七号三四頁参照。なお、そのほか、一筆の土地の全部が時効取得された場合にも訴えを適法とすべきか等について適法説の内部で見解が分かれていることにつき、拙稿・判批・民事訴訟法判例百選一五九頁参照。

(21) 判例時報一一〇九号九〇頁。

第二款 地番境界・所有権境界説（林屋説）

一 境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題について、最近、林屋礼二教授は注目すべき見解を発表した¹⁾。地番の境界と所有権の境界のいずれも境界確定訴訟の対象であるというのである。この見解は判例評釈において簡単に表明されているにすぎないが、重要であるのでここで採りあげることになしよう。教授の判例評釈の対象になったのは分筆・移転登記のためには地番の境界が確定されていることが必要であるという理由により適法説を採ることを表明した昭和五八年一〇月一八日の最高裁判決（第一判例）と、境界確定の訴えを不適法として却下した原審判決を是認した昭和五九年二月一六日の最高裁判決（第二判例）であるが、教授は第一判例が「紛争の抜本的解決」のために境界確定の訴えを適法としたのを是認するとともに、第二判例が境界確定の訴えを不適法としたのはその事件では第一判例のように係争地の所有権移転登記請求などが併合されていなかったため、その訴訟では紛争の抜本的解決ができなかったからであると思われるとして、次のように論じた。「しかし、こうした当事者の訴訟技術いかによって境界確定の訴えが機能したりしなかったりするのは困る。とくに、本人訴訟主義のもとでは、これはきわめて問題である。このように考えてくると、この訴えは、他の訴えと一緒にならなくても、それ自体で紛争の抜本的解決のために十分機能できるものに組み立てられることが必要となる。そして、そのさいには、従来の公法的境界確定訴訟と最近の私法的境界確定訴訟をむしろ結合し、境界確定訴訟を公法上・私法上の境界を裁判所が確定しうる一―ものとしてとらえていくことが望ましいように思われる。この公法的・私法的境界確定訴訟によれば、第二判例の場合には、すでにみたように、裁判所としては、（ロ）・（ハ）の直線を一八〇〇番の土地と一八〇一番の土地の公法上の境界としたりえ

で、(イ)・(ニ)の直線をXの所有地とYの所有地の私法上の境界と決めることができ、その結果として、(イ)・(ロ)・(ハ)・(ニ)の部分を一八〇一番の土地から分筆してYの登記名義とすることが可能となる。また、第一判例の場合にも、裁判所は、一九三番の土地と一九一番三の土地の公法上の境界を(ロ)・(ハ)・ヌ)の直線と決めたいうえで、(ロ)・(ハ)・(ニ)・(ホ)の各点を結ぶ線をXの所有地とYの所有地の私法上の境界として、ストリートに定めることができる。」

昭和五九年二月一六日の最高裁判決は訴えを不適法とする理由を示していないが、教授のいうような理由ではなく、第三者所有の土地が介在するためだと思われるが、それはともかくとして、教授が地番の境界と所有権の境界のいずれも境界確定訴訟の対象であるとするにより当事者の所有権の範囲の争いを抜本的に解決しようとしたことは注目に値する。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、所有権境界説では境界確定訴訟により当事者の所有権の範囲自体の争いは解決できるがその所有権の範囲を登記簿上表して紛争を抜本的に解決することはできない。他方、地番境界説の中の適法説では境界確定訴訟により紛争を抜本的に解決するために地番の境界を確定することはできるが肝心の所有権の範囲自体の争いを解決することはできない。そこで両説を結合して地番の境界と所有権の境界のいずれも境界確定訴訟の対象であることににより境界確定訴訟により当事者の所有権の範囲の争い自体を解決するとともに紛争の抜本的な解決を図ろうというのである。このように、教授の説は紛争の抜本的な解決ということにより地番境界説と所有権境界説の対立を止揚しようとする説といふことができる。教授はかつて「境界紛争は実質的には所有権紛争であ」り、「境界確定の訴えについては、境界紛争を真に解決しうるものとしての理論を構成する必要があるとは考えているが、まだこの考えがまともでない」と述べたことがあるが、その理論はこのように構成されたのである。

二 この説の当否は分筆・移転登記のためには地番の境界が確定されていることが必要か、またそれは私人間の訴訟によって確定することができるのか、さらには私人間の訴訟によって確定すべきなのかということにかかっている。これについては後に検討することにする。なお、分筆・移転登記のためには地番の境界が確定されていることが必要で、かつそれは私人間の訴訟によって確定すべきであるとした場合、教授の説までいかなくても通説の中の適法説のままでも、所有権境界説に対し優位に立つことになる。なぜなら、前者では所有権確認訴訟やその他の所有権に基づく訴訟との共働によれば紛争を抜本的に解決することができるのに対し、後者では地番の境界を確定する訴訟は認められないので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、紛争を抜本的に解決することができないことになるからである。後述するように通説の立場に立つ論者でこのような観点からも所有権境界説を批判する者が現れている。この意味でも分筆・移転登記のためには地番の境界が確定されていることが必要か、またそれは私人間の訴訟によって確定すべきなのかということが境界確定訴訟の対象たる境界とは何かという問題にとって重要な論点として浮かび上がってきたということができる。

三 ところで、教授は境界確定訴訟の対象は常に地番の境界と所有権の境界の両方であるとするのではない。教授は境界紛争には所有権の範囲をめぐる紛争とそうでない紛争があるとするが、前者にのみ右の理論を適用し、後者については地番の境界のみが境界確定訴訟の対象であるとするものようである。それでは、所有権の範囲をめぐる紛争とそうでない紛争とはどのように区別されるのであろうか。教授によれば、所有権の範囲をめぐる紛争でない紛争とは、「Xが一番の三〇〇〇坪の甲地を所有し、Yが二番の二〇〇〇坪の乙地を所有することについてはX・Y間で争いが無い——そして甲・乙両地を合わせて五〇〇〇坪の土地はある——のだが、一番の甲地と二番の乙地の境界が不明で、この境界をめぐるX・Y間で争いがあるという場合」であり、所有権の範囲

をめぐる紛争とは、「一番の甲地と二番の乙地の公簿面積と実測面積が当初は一致していても、その後の長い年月の間に、甲地と乙地について相続による分割や一部の譲渡があり、あるいは——農地改革による買収譲渡などが介在すると、公簿面積と実測面積の間に誤差が生じうる。これに時効取得などもからむと、ますます、ここまですべて自分の土地だという主張が対立して、土地の境界をめぐって紛争が生じてくる。その場合、たとえば相続や譲渡のさいには土地の分筆が行われるから、こうした土地の境界紛争はある地番の土地とある地番の土地の間の公法上の境界線をめぐる紛争の形をとるが、そのときでも、それは、実質的には、ここまですべて自分の所有権の範囲だという所有権範囲をめぐる紛争なのである。」⁶と云う。この区別自体あいまいである。「Xが一番の三〇〇坪の甲地を所有し、Yが二番の二〇〇坪の乙地を所有する」ことについて当事者間で争いがあるが、訴訟の結果、「Xが一番の三〇〇坪の甲地を所有し、Yが二番の二〇〇坪の乙地を所有する」ことが明らかになった場合はどちらに属するのか、公簿面積と実測面積が当初から一致しない場合はどうか、公簿面積と実測面積は一致するが時効取得などがからむ場合はどうかという疑問がある。しかし、それはさておいても、なぜ「Xが一番の三〇〇坪の甲地を所有し、Yが二番の二〇〇坪の乙地を所有することについてはX・Y間で争いがない——そして甲・乙両地を合わせて五〇〇坪の土地はある——のだが、一番の甲地と二番の乙地の境界が不明で、この境界をめぐってX・Y間で争いがあるという場合」は所有権の範囲をめぐる紛争ではないのであろうか。私見によれば、その場合は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画しているため地番の境界の位置のみが争われているようにみえるが、その場合でも当事者の真の紛争は所有権の範囲の争いであることには違いない。教授の右の区別は境界確定訴訟には境界のみに争いがある場合と、同時に所有権の範囲にも争いがある場合とがあると第一期の判例にならったものであるが、この判例についてはすでに述べた⁷。この判例はこのように最近の学

説にまで混乱をもたらしている。教授は、「今日では、境界紛争は、実質的に所有権紛争——であることが大半である。」と述べているが、境界紛争は常に実質的には所有権紛争であり、それは昔も今も変わらないと私は思う⁹⁾。それゆえ、所有権の範囲の争いを抜本的に解決するため境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界と所有権の境界の両方であるとする教授の理論は、それが正当であれば大半の境界紛争ではなく、すべての境界紛争に適用されるべき理論である。

四　ところで、所有権の範囲をめぐる境界紛争において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は教授の理論では地番の境界も所有権の境界もともに確定されるべきであるが、地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致する場合はどうなるであろうか。教授はその場合について論じていない。おそらく、その場合でも地番の境界と所有権の境界がともに確定されるべきであることになるのではなかろうか¹⁰⁾。すなわち同じ位置においてふたつの境界が確定されるとするのではないか。教授の理論を一貫すればこのようになるし、また、それは分筆・移転登記は不要であることを明らかにするという意味でやはり所有権の範囲の争いを抜本的に解決することになろう。

注

- (1) 林屋礼二・判批・判例時報一一五二号二二頁以下。
- (2) 林屋・二二六頁。
- (3) 山本・前掲判批一四二八頁注(12)、加藤・前掲四六二頁。
- (4) 林屋・判批・民商法雑誌六七卷三三三九頁以下(三七五頁、三七六頁)。

(5) 山本・前掲判批は適法説を支持しつつも、「ケースによっては境界紛争を所有権に関する紛争に吸収していくような形で、境界確定の訴えを再構成する方向がもっと評価されるべきではないかと思われる。」(一四二九頁)と述べている。これを理論構成すれば林屋説に近い説になるのではなからうか。

(6) 林屋・前掲判批・判例時報一一五二号二四頁、二二五頁。

(8) 林屋・二二五頁。

(9) 付言すれば、地目が山林か宅地かなどもによって事情を異にしない。前述注(5)で引用した山本氏はそのように言う理由として、「境界紛争の主たる対象が山林などから――都市部の数平米の土地への(と)移行したこと」(一四二九頁)をも挙げている。しかし、山林においても境界紛争は実質的には所有権紛争であるはずであり、山本氏がこれを否定するのであれば不当である。同じことは氏が引用する林伸太郎・判批・法学四七巻四号一六四頁以下(一六八頁)についてもいえる。

(10) その場合と教授が所有権の範囲をめぐる紛争ではない紛争とする場合とで区別する理由があるかを考えれば若干ためられるが、本文のように解する。

第二三款 通説の少数説に対する対応

一 通説を批判する少数説について私見による評価を加えつつ詳細に見たのであるが、当の通説に立つ論者はこれらの少数説に対しどのように対応しているであろうか。林屋教授の地番境界・所有権境界説に対してはまだ通説の論者からも、また他の少数説の論者からも反応は見られないので、それを除く少数説について見てみよう。

まずは通説の代表者と目されている村松判事が各少数説に對しどのように対応しているかを見てみよう。村松判事は官崎判事の境界確定訴訟否定説に對しては、境界確定訴訟は実際上は当事者の所有権の範囲の争いを解決することができ、しかも裁量により境界を確定することができるため、係争地の所有権確認訴訟のように境界の証明ができないため所有権の範囲の争いを解決できないという事態は生じない、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境界確定訴訟を正当化したことはすでに見たとおりである。そのような村松判事が他の少数説に對しどのように対応したかということはずこぶる興味を引くことであるはずである。なぜなら境界確定訴訟否定説以外の少数説はすべて境界確定訴訟を肯定し、ここでは裁量により境界を確定することができるとしつつ、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いを法的に解決することができるものである。このように少数説に對して村松判事が批判するとすればその理論的な不当性を突く以外にはないはずであるが、はたしてどのようにそれを行ったのであろうか。

二 村松判事は昭和四四年の論文において次のように述べている。「境界確定の訴の判決について所有権確認の効果を認めようとする、この考え自体が法律上有意義であることを否定するものはないと思うが、その方法はふたつあると考える。その一つは、境界確定の訴をなんらかの意味で所有権の範囲確認の訴と認めようとするもので、他の一つは、境界確定訴訟の訴に予備的に所有権の範囲確認の訴を併合することである。わが国では従来、反対の考えはあったが、大体、『境界のみの訴』を所有権の範囲と別に考えてきたようだし、前者に上記の非訟的な性格をもたせることは、理論的にかなり無理が生ずるから、少なくとも、『境界のみの訴』について非訟的な性格を認める方が説明がつくと思うから、私は第二の考え方をとる。――すなわち、所有権確認の訴の内、

非訟的な特別の訴を認めるよりも、境界のみの確定の訴に非訟事件的の性質を認め、その判決が確定して境界が定められるのをまっけて、それから所有権の確認をするほうが、同じく形式的民事訴訟を認めるとしても、従来の訴訟の類型との関係において、融合し易い考え方であると思う。同一訴訟内で単純併合の形式で併合すれば、境界確定の訴の判決の確定を持たなくとも、両判決が同時に確定するから、所有権確認の訴をも、境界確定の訴に対応して認容することができる。」

さて、村松判事は、「境界確定の訴の判決について所有権確認の効果を認め」る「方法はふたつあると考える。」とし、そのうち、「境界確定訴訟の訴に予備的に所有権の範囲確認の訴を併合する」方法を採用するのであるが、これは一回の訴訟で所有権確認の効果を認める方法ではあっても、「境界確定の訴の判決について所有権確認の効果を認め」る方法ではない。それゆえ、村松判事は境界確定の訴の判決には所有権確認の効果を認めないで、「境界確定訴訟の訴に予備的に所有権の範囲確認の訴を併合する」ことによって一回の訴訟で所有権の範囲の争いを解決するという方法を採用ということになるはずであるが、少数説のように境界確定の訴の判決に所有権確認の効果を認めない理由は何かということ、それは「理論的にかなり無理が生ずるから」である。それでは、なぜ、「理論的にかなり無理が生ずる」のかということ、境界確定の訴の判決に所有権確認の効果を認めるということは「境界確定の訴をなんらかの意味で所有権の範囲確認の訴と認め」ることになるが、そのような所有権の範囲確認の訴に「非訟的な性格をもたせる」ことになるからである。それでは、なぜ、所有権の範囲確認の訴に「非訟的な性格をもたせる」ことは「理論的にかなり無理が生ずる」というのであろうか。すなわち、対象が所有権の範囲だからなのか、それとも訴訟の性質が確認訴訟だからなのか。この点ははっきりしないが、後述するように、境界確定訴訟は所有権の範囲を非訟的に確定する訴訟であるとする宮川説に対して、所有権の範

困を対象とする訴訟に非訟的な性格をもたせることは理論的にかなり無理が生ずるといふ批判は行っていないこととからして、前者ではなく後者だと思われる。すなわち訴訟の性質が確認訴訟だから「非訟的な性格をもたせる」ことは「理論的にかなり無理が生ずる」という趣旨だと思われる。

なるほど、確認訴訟に非訟的な性格をもたせることは理論的にはやや困難を伴うことは否定できない。それゆえ少数説の中で境界確定訴訟の法的性質を確認訴訟とする説に対しては、村松判事の右の批判は理由のないことではない。しかし、少数説の中で境界確定訴訟の法的性質を形式的形成訴訟とする説に対しては、村松判事の右の批判は妥当しない。判事が批判の対象とする「境界確定の訴をなんらかの意味で所有権の範囲確認の訴と認め」る説として判事が高津説、新堂説を考えていることは明らかであるが、さらに小室説もそれに当たると考えているのかははっきりしない。³⁾しかし、小室説は境界確定訴訟の法的性質を形式的形成訴訟と確認訴訟の複合とするのであるから、村松判事の右の批判は妥当しない、あるいはストリートには妥当しないと云わねばならない。そうすると、村松判事は小室説に対してはどのように批判したと見るべきであろうか。ふたつ考えられる。ひとつは、「わが国では従来、反対の考えはあつたが、大体、『境界のみの訴』を所有権の範囲と別に考えてきたようだ」ということであり、ひとつは別の箇所ですべているところの、「小室説のような特殊な訴を考えることは、どうしても従来の三類型では説明できない場合にのみ考うべきものである」ということである。³⁾しかし、前者は従来の考え自体の当否が問われているとすれば批判の理由にならないし、後者は境界確定訴訟のみにより、すなわち所有権確認訴訟の併合なしに当事者の所有権の範囲の争いを法的に解決するという小室説に対する批判の理由としてはまったく重要とは思わない。結局、村松判事は小室説に対しては有効な批判を行っていないと言つてよいであろう。

三 それでは、村松判事は所有権境界説に対してはどのように対応しているのであろうか。まず、花田説に対しては、境界確定訴訟の法的性質についての確認訴訟説の中の係争地域の所有権帰属の確認訴訟であるとする説として宮崎判事の説を挙げるとともに、「最近花田判事も強くこの説を主張している」とだけ述べている。しかし、村松判事も昭和三年の論文で述べているように宮崎判事の説は境界確定訴訟否定説であって、境界確定訴訟の法的性質を確認訴訟とする説ではないし、また花田判事の説も確認訴訟説ではなく形式的形成訴訟説である。そして、なによりも花田判事が明確に設定したところの、境界確定訴訟の対象たる境界とは地番の境界か所有権の境界かという問題について村松判事は一言も触れていない。

次に、宮川説に対しては、昭和五年の論文で、この説は小室説、宮崎説、佐々木説などだいたい同じであると述べ、宮川判事が境界確定訴訟は所有権の範囲を非訟的に確定する訴訟であるとしていることを紹介した後、次のように論じている。「宮川判事の説は境界確定と所有権の範囲とを同一に確定することを不可分のものであるというのが、この訴の特質でありとし、私は所有権の問題は境界確定の判決によって、左記のような特別な場合を除いては、確定された境界の範囲内では所有権が確定されることにならうが、それは境界が確定されたことによる付随的な効果で、この訴の判決の当然な結果ではないと考える。たとえば、境界線からみて原告の所有地と確定された甲番地の一部について、境界確定の訴提起当時に被告が取得時効によって所有権を取得していたときのことを考えると、その取得時効の対象となった土地は、あくまで甲番地の一部であって、被告の所有の乙番地に変えることにはならないから、この訴はあくまで地番の境界を定める非訟事件で、土地の所有権の帰属までを定める形成の訴であると考えすることはできない。また境界確定の訴を認めることは、歴史的にみても、現在成文法上の根拠がないとしても許されているのであるから、土地所有権そのものまで確定する訴であると解する

のは無理であると考える。」

さて、宮川判事が所有権境界説に立つことはすでに見たとおりであるが、村松判事がはたしてこのことを認識したうえでこれを批判したのかは疑問であり、むしろ消極に解さざるをえない。なぜなら、「境界確定と所有権の範囲とを同一に確定することを不可分のものであるというのが、この訴の特質である」とする宮川説を採用しない理由として、村松判事は「たとえ、境界線からみて原告の所有地と確定された甲番地の一部について、境界確定の訴提起当時に被告が取得時効によって所有権を取得していたときのことを考えると、その取得時効の対象となった土地は、あくまで甲番地の一部であって、被告の所有の乙番地に変えることにはならないから」と述べているが、これは葦子博士の「Aが隣地の一部を時効に因り取得しても、其の所有地たる何番地何号の甲地がこれだけ膨らみ、反面隣地たる何番地何号の乙地が凹むこととなる訳ではないのは当然で」という議論と同じ趣旨であり、それゆえ境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるとしながら境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定するとする説（新堂説）に対する批判とはなりえても、境界確定訴訟の対象たる境界は所得権の境界であるとする説に対する批判とはなりえないからである。このように村松判事は宮川判事が所有権境界説であることを認識していないのであり、このことは宮川説を小室説、宮崎説、佐々木説などだいたい同じであると述べていることからもうなずけよう。宮川説が所有権境界説であることを認識しているならなによりも花田説こそ挙げたはずである。前述の花田説に対する反応も考え合わせれば、村松判事は、花田説、宮川説の出現にもかかわらず境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界ではなく所有権の境界であるとする説の存在に気づかず、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題に直面しなかったと断定して間違いないと思われる。村松判事がこれらの論文を発表した時期からすれば不可思議ではあるがそう解さざるをえない。この

ように通説の代表者と目されている村松判事が境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題に最後まで直面しなかったことは十分に認識する必要がある。すなわち、村松判事は境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界ではなく地番の境界であるという議論はまったく行っていないのである。なお、境界確定の訴えは成文法上の根拠がないのに許されているのだから所有権の範囲まで確定する訴えであると解するのは無理であるというのは理解に苦しむ。境界確定の訴えは当事者間の所有権の範囲を確定する訴えであるからこそ特に明文の規定を必要としないのであって、当事者の所有権の範囲とは無関係に公法上の境界を確定する民事訴訟であるなら明文の規定を必要とする、という方がかえって理にかなっていると思われるからである。

その他、村松判事は佐々木説に対しては、土地の一部が時効取得された場合の同一の地番内の境界確定の訴をも認めているが、これをも境界確定の訴とすることには賛成できないとだけ述べている。このことは、判事が考えてみたいと述べた通常の境界確定の訴えから「同一地番内の所有地の境界」の確定を求める訴えへの変更という考えを判事は結局は採らず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する立場で考えが固まったことをよく表しているといえよう。

四 境界確定訴訟の法的性質を確認訴訟とする説に対してのみ妥当するところの、確認訴訟に非訟的な性格をもたせることは理論的にかなり無理が生ずるといふ批判を除けば、このように村松判事の少数説に対する対応はなはだ不十分であると言わざるをえない。このように、通説の代表者と目されている村松判事の少数説に対する対応が不十分であるということは驚くべきことであるが、それはさておき、次に、通説に立つ他の論者は少数説に対しどのように対応しているかを見てみよう。

五 前款で見たように、上田教授は境界確定訴訟として争われるもののすべてが所有権の帰属をめぐる争いであ

るといふのではなく、その多くが所有権の帰属をめぐる争いであるという。そのため小室説を「当事者が境界線確定のみを求める場合にも所有権確認を押しつけることとな^⑧」るとして批判し、「所有権の範囲については、所有権確認請求の併合あるいは反訴を提起するか否かを当事者の自由に任せ^⑨」るべきだとする。このように、上田教授にあっては村松判事におけるとは異なり小室説に対し明確な批判がなされている。しかし、すでに述べたように、境界確定訴訟の当事者の真の紛争が所有権の範囲の争いではない場合がはたしてありうるのか、はなはだ疑問である。

平田判事は小室説は所有権確認訴訟を併合提起するものでなければ境界確定の訴の利益を認めないという程度の意味しかないとしたうえで、「そうだとすると、そこまでいうのは妥当かどうか疑わしい。境界確定訴訟のみで紛争が解決されることも十分あり得るからである^⑩。」と批判している。それでは、「境界確定訴訟のみで紛争が解決される」場合とはいかなる場合か。判事は「境界線と所有権の及ぶ限界線が一致することを当事者双方が認め合っているときには、境界が確定されると両当事者は所有権の範囲も確定されたものとして事実上その結果を承認せざるをえなくなり、紛争はそれによってほぼ解決されることになる^⑪。」と述べており、これがその場合に当たるのであろう。しかし、判事の議論は、所有権の範囲の争いが事実上解決されるという通説に満足せずに所有権の範囲の争いの法的な解決をもたらずものとして境界確定訴訟を構成する小室説に対して、事実上の解決でよしとするに帰し、有効な批判たりえないであろう。

これらの批判とは反対に、奥村判事は論文の注で小室説について「理論と当事者の実際的意思との調和をはかった示唆に富む着想である^⑫」と評している。このことは同じ論文で所有権境界説に対しては批判を加えているのと対照的である。

六 このような状況にあって、畑判事は小室説に対し理論的な観点から批判を加えている。判事は小室説の問題意識には深く共鳴できるとしながらも、「ただ、この説だと、実際問題として公的境界線と所有権の及ぶ範囲が異なるケースの場合にはどうなるのか、訴訟物の説明に思考分裂を起こさないだろうか。」と批判したのである。以後、この記述は文献でよく引用されており、今日ではこれが小室説に対する通説の批判根拠を代表しているといつてよい。小室説は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画している場合をもっぱら念頭において立てられた説であり、論理的に成り立たない説であるというすでに述べた私見も判事のこの批判を参考にしたものである。また、一般に判事の批判はすでに述べた私見と同じ内容のものであると漠然と受け止められているのかも知れない。しかしながら、判事後の論稿をみると判事の批判の内容は私見のそれとは異なるようである。判事は後の論稿で小室説について次のように述べている。「この説はもともと公的境界線と所有権の及ぶ限界とが一致している通例の紛争の場合のみを想定して立論されたのではないかと思われる節もあるが、それはそれとして、所論を付度すると、本件のような場合（当事者の一方が地番の境界を越えて他方の所有地の一部を時効取得した場合——玉城）には、複合した二つの訴訟物は一種の分裂現象を生じ、本訴の判決主文としては、一方ではロハヌ線を公法上の境界線と確定するとともに、さらにロハニホ線を双方土地の所有権の及ぶ範囲として確認することになろうか。」このように畑判事の批判の内容は、小室説は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画している場合は境界確定訴訟は地番の境界を確定し、そしてその位置において当事者の所有権の範囲を確定するとしながら、地番の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は地番の境界を確定し、しかしそれとは異なる位置において当事者の所有権の範囲を確定するのであるが、それは理論的におかしいといふことのようにある。しかし、小室説の内容が判事の言うとおりでとすれば、それは理論的におかしいとはいえないは

ずである。なぜなら、それは通説の立場で境界確定訴訟と所有権確認訴訟を併合した場合となんら異ならぬからである。小室説は通説のいう境界確定訴訟と所有権確認訴訟とを結合したものを境界確定訴訟と構成するだけであって、それはなんら「訴訟物の説明に思考分裂を起こすことにはならない。このように小室説の内容が判事の言うとおりのものであれば、「思考分裂」という批判は妥当しない⁶⁴。このことを確認することは今や重要である。なぜなら、すでに見た林屋教授の地番境界・所有権境界説は判事の言う小室説の内容とほとんど異ならないからである。しかし、そもそも小室説の内容を判事のように理解することは無理であることは前述したとおりである。小室説は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画している場合をもっぱら念頭において、境界確定訴訟は地番の境界を確定し、そしてその位置において当事者の所有権の範囲を確定するとする説であり、それゆえこの説に対しては、それは地番の境界が当事者の所有権の範囲を画していない場合もありうることから論理的に不可能であるという批判が妥当するのである⁶⁵。

七 それでは、所有権境界説に対する通説の論者の反応はどうであろうか。奥村判事は、当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から境界確定訴訟を正当化した村松判事の所説に賛成するが、村松判事が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のと異なり、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題に直面し、地番の境界であると論じている。

判事はいう。「次に、土地境界確定訴訟の対象となる『境界』とは何を指すかという点である。元来土地は海洋に囲繞された一個の物体であって、自然的状态においては何らの区画線もないはずである。しかし一個の物体たる土地を複数の個人の権利の客体とするためには、これを人為的に区画して複数の支配に適する状態に置かねばならない。そしてこの土地の区画線が土地の境界に当たるものである。わが国においては、明治初年の地租改

正の際に、初めて所有権の対象となるべき個々の土地の区画を明らかにし、これに地番を付して特定する作業が進められ、これに伴って地番と地番との境界線が設定された。したがってこの意味における土地の『境界』は公的に設定、認証されたものであり、単純な私的関係における所有権の境界線とはその本質を異にするものといわねばならない。

これを比喩的にいえば、土地の境界線とは権利の容器の縁辺であり、土地所有権の境界線とは容器の中にある権利自体の縁辺である。したがって、両者は通常は一致することが多いけれども、必ずしも一致しなければならぬ論理的必然性はない。たとえば、一筆の土地の一部についても有効に所有権を取得しうるのであり、この場合には所有権の接触線と地番の境界とは明らかに一致しない（境界線を越えて隣地の一部を時効取得した場合など）。そして、境界確定訴訟の対象となる「境界」とは、公的に設定（または認証）された地番と地番との境界線を指すものであって、私的な所有権の限界線を指すものではない。何となれば、権利を容れるべき容器は元來公的なものであるから、これを非訟的に形成することが許されるが、その容器の中にある権利自体の処分は元來私的自治に委されたものであるから、共有物分割等の特別規定がないかぎり、その範囲や縁辺を非訟的に形成することが許されないからである。したがって、一筆の土地について二個以上の所有権が存在する場合には、分筆手続を経由しない限り境界確定訴訟を提起しえないことになる。」

奥村判事の論文は時期的には高津氏の論文よりは後であり、花田判事の論文よりは先である。奥村判事は高津氏の論文を引用していないし、花田判事は奥村判事の論文を引用していないので、それぞれ参照したかは不明であるが、参照したものと思われる。おそらく、高津氏が境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界ではなく所有権の境界であると論じたのに対し、奥村判事は地番の境界は非訟的に形成することができるが所有権の境界は非

訟的に形成することはできないとしてこれを批判し、この批判に対し、花田判事は所有権の境界であっても非訟的に形成することができるとして反論したという図式で見てよいと思われる。

奥村判事の所有権境界説に対する批判の論拠は、地番の境界は「元來公的なものであるから」非訟的に形成することができるが、所有権の境界は「元來私的自治に委されたものであるから」非訟的に形成することはできないというにある。奥村判事のこの議論は、小室教授の、境界確定訴訟は「境界線の非訟的的形成請求を先決関係とし、所有権の範囲確認請求を順位的に併合する複合訴訟」であるとす議論に含まれているところの、地番の境界は非訟的に形成することができるが当事者の所有権の範囲は確認されるべきであって非訟的に形成することはできないという思考と類似する。違いは非訟的に形成することができないのは後者では当事者の所有権の範囲であったのに対し、前者では所有権の境界であるという点に存するにすぎない。おそらく小室教授の議論が奥村判事の議論に影響を及ぼしたものと思われる。これに対し、すでに見たように、花田判事は「訴えの性質が確認訴訟であるか形成訴訟であるかは、訴訟で判断する対象が公法上の土地境界であるか私権対象の土地境界であるかに結びつくものでなく、次元が異なる問題である。当事者の権利を証拠に基づいて確認するのではなく、裁判所の裁量の判断によって境界を定め（その必要は土地の性質から生じる。）それが形成的効果を生じるところに実質非訟形式形成訴訟の立脚点があるのであって、私権対象の土地境界と考えても事情に変わりはない。」と論じ、宮川判事がさらにこれを敷衍した。境界確定訴訟の法的性質については本稿では立ち入らないが、右の奥村判事の文章で言えば、「権利を容れるべき容器」を非訟的に形成しても、それは「その容器の中にある権利自体」を非訟的に形成したことはないというのは無理な強弁であり、地番の境界と所有権の境界の関係からして地番の境界は非訟的に形成することができるが所有権の境界は非訟的に形成することはできないという奥村判事の

議論は維持できないことは明らかであるように思う。

なお、奥村判事は村松判事と同様、境界確定訴訟で境界の位置につき当事者間の合意が成立したときは訴訟物ではない所有権の範囲について和解をしたと理解すべきであるとするが、それにとどまらず、「境界確定を内容とするような和解調書や調停証書が現実には作成されてしまった場合においても、所有権確定の趣旨が含まれていると解する余地がある場合には、なるべく調書全体を無効とすることなく係争地の所有権確認の和解調書であると善解して、有効に取り扱うべきであろう。」と述べている。村松判事が境界確定訴訟と所有権確認訴訟の使い分けから両者の併合へと議論を移し、奥村判事がこのような善解を認めるのは少数説の影響であることは言うまでもない。

八 昭和五八年の畑判事の論文は所有権境界説に対しても批判を加えており、それは判事の小室説に対する前述の批判と同様、以後、文献でよく引用されている。判事は言う。「この説の場合は境界確定訴訟の有する私的所有権紛争解決機能を重視し、公的境界を視野の外におき、その訴訟物を私的所有権の及ぶ外延を非訟的に形成確定する点だけに絞ることによって理論を純化徹底させており明快である。ただ、この説だと、公法上の境界線が私法上従来から果たしてきた機能を無視することにならないか。現に、実際の訴訟（特に地方の山林境界紛争等）で当事者が公図、字限図等を持ち出して争う姿を見ると、当事者はまさに公的境界線を念頭においており、これを媒介として私的紛争を解決しようとしているという実情とも遊離していないかという懸念が残る。結局、この説は（D）説（通説——玉城）とはほぼ反対の位置にありながら恰もそれに対する批判を裏返したような批判が生ずるように思われる。」¹⁰このように畑判事は所有権境界説は境界確定訴訟において公的境界を視野の外にしているが、それは公的境界の私法上の機能を無視することになり、訴訟の実際とも合わない批判している。な

るほど、花田判事はすでに見たように、公法上の境界を確定する訴訟はあまり役に立たないとし、私人間の訴訟によって国の定めた公法上の境界の確定を求めるのはおかしいとも述べているので、境界確定訴訟において公的境界を視野の外にしているということが出来る。しかし、私見によれば地番の境界の位置と所有権の境界の位置は取得時効や境界の合意という不一致の原因が存在するときはを除けば一致するのであるから、地番の境界を確定する訴訟はあまり役に立たないというのは行き過ぎであるし、所有権の境界を確定する訴訟においても取得時効や境界の合意という不一致の原因が主張されなかったり、主張されても成立が認められないときは、地番の境界の確定基準と同じ基準により所有権の境界を確定すべきであって地番の境界を視野の外におくわけではない。それゆえ、所有権の境界を確定する訴訟においても当事者は公図、字限図等を持ち出して争うのが普通であり、ただ取得時効や境界の合意という不一致の原因が存在すると考えるのであればそれを主張することになるだけである。所有権境界説は当事者は公図、字限図等を持ち出して争うという境界確定訴訟の実際と合わないという畑判事の議論は畑判事は地番の境界と所有権の境界の関係を正しく理解していないことをはしなくも端的に示しているが、そもそも花田判事も、また他の論者も地番の境界と所有権の境界の関係を正しく理解してはいなかったたのであり、そのために議論に無用の混乱が生じたのである。そして、畑判事の右の議論について通説に立つ論者¹⁹⁾のみならず少数説の立つ論者²⁰⁾までも何のコメントもなしにそのまま紹介しているということは、今日でも学説において地番の境界と所有権の境界の正しい理解は得られておらず、議論の混乱は続いているということを意味しよう。なお、畑判事は所有権境界説に対し、「そのような特殊訴訟形態を承認するというハードルを超える必要がある²¹⁾。」とも述べている。これは奥村判事の批判と同趣旨であると思われるが、この批判については前述した。

九 畑判事は、「判例の趨勢が(D)説(通説——玉城)に固まってきたことでもあり、当事者も裁判所もその欠点は欠点として十分認識したうえでこの路線にのった適切な訴訟運用が期待される。」と述べている。通説の「欠点」とは「一方が一筆の一部の時効取得とか買受け等の理由であえて番地と番地の公法上の境界線を越えこれと無関係に自己の所有権を主張する場合——境界確定訴訟は全く無力である」ということである。そして、そのような場合は所有権境界説が「より有効であることは明らかである」と述べている。しかしながら、判事は通説の「欠点は欠点として十分認識」すべきであるが「適切な訴訟運用」により欠点を補うべきであるとする。「適切な訴訟運用」とは地番の境界が当事者の所有権の範囲を画さない例外的な場合は所有権確認の訴えに変更するかそのように釈明権を行使することであろう。思えば「適切な訴訟運用」は村松判事以来、通説を支えてきたといえるのではなからうか。しかし、所有権境界説は採れず、「適切な訴訟運用」で支えなければならぬ説を採らなければならないということの十分な説明が通説の論者によってなされているとは私には思われない。

一〇 ここで住吉博教授が通説を正当化するために行った議論についてふれておきたい。教授は村松判事と同様、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するが、そこでは村松判事には見られない次のような正当化の議論も行っていることが特徴的である。それは、「現実の紛争をそっくり手続にもち込んでこれを審判の対象とするよりも、その現実の紛争から重要な要素を抽出して適宜に法律技術的に再構成したものを訴訟対象とした方が、訴訟が簡便に終始し結局は生活関係上の具体的紛争も迅速に処理されるに至る」ことがあるという発想に立ち、「甲番地、乙番地それぞれの所有者がその所有権を主張するには、『甲番地の取得原因』あるいは『乙番地の取得原因』を示さなければならぬが、たとえば甲番地の取得原因を示して所有権を主張しうる土地の範囲は、境界確定訴訟の判決によって示された甲番地の境界線までである。そ

れ以上の土地について所有権を主張しようとするときは、甲番地の取得原因とは別個の取得原因を示さなければならぬ。そしてそのような取得原因が存在するか否かは、境界線の不明から発した所有権帰属の争いとはまた異別の生活関係上の紛争をなすのであり、土地境界確定訴訟がこれと没交渉なのは当然のことである。」²⁷というのである。住吉教授は所有権境界説についてはふれておらず、以上は主として宮崎判事の境界確定訴訟否定説に對抗して述べたものと思われるが、地番の境界を訴訟の対象とした方が「訴訟が簡単に終始し結局は生活関係上の具体的紛争も迅速に処理されるに至る」という議論は所有権境界説に対する批判ともなりうることは明らかであり、本稿のテーマにとって看過することのできない議論といふべきである。

しかしながら、はたして所有権の範囲の争いという「現実の紛争」ではなく地番の境界を訴訟の対象とした方が「訴訟が簡単に終始し結局は生活関係上の具体的紛争も迅速に処理されるに至る」であろうか。なるほど地番の境界を訴訟の対象とすれば「甲番地の取得原因とは別個の取得原因」、私という地番の境界の位置と所有権の境界の位置の不一致の原因は地番の境界の位置の確定とは関係がないのでその訴訟に関して言えば「訴訟が簡単に終始」するかも知れない。しかし、その確定した地番の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、地番の境界の位置と所有権の境界の位置の不一致の原因が存するか否か、存するとすれば所有権の境界の位置はどこかという争いが生ずる可能性があり、紛争全体についていえば「結局は生活関係上の具体的紛争も迅速に処理されるに至る」とはいえないはずである。しかもそのような後の争いで地番の境界の位置と所有権の境界の位置の不一致の原因が存するということになれば、前の訴訟で地番の境界の具体的な位置を確定したことは無駄だったことになる。これに対し、境界確定訴訟の対象たる境界を所有権の境界とするならば、所有権の範囲の争いという「現実の紛争」が可及的に無駄を省きつつ一挙に解決することができるのである。分筆・移転登

記をして現在の所有権の範囲を登記簿に表するためには地番の境界を確定する必要があるという議論ならともかく、所有権の範囲の争い自体を地番の境界の争いとその他の争いとに分断する住吉教授の議論はとうてい維持できないと思われる。

一一 すでに述べたように、分筆・移転登記をして現在の所有権の範囲を登記簿に表すためには地番の境界を民事訴訟により確定する必要があるのであれば、通説の中の適法説は不適法説に対して優位に立つだけでなく、所有権境界説に対しても優位に立つことになる。松津節子判事は所有権境界説に対し、地番の境界の確定を媒介として私的紛争を解決しようとしている実情と遊離しているという畑判事の批判を引用するとともに、つぎのように述べている。この「説では公的境界の確定は国の事務であるとしているが、現状においては實際上その解決の多くが裁判所に委ねられざるを得ない。そして、公的境界の不明ないし争いから相隣者との間に所有権の範囲の争いが生じた場合に、提起された境界確定の訴えが、その判決の効力としては公的境界を確定するものでないとすると、少なくとも判決理由中で公的境界が認定され、またそれが何らかの形で地積や地図等の登記上の処理に反映されないと、後日分筆等を行うことが困難になり紛争が残ることになる。――公的境界の確定――」を放逐して紛争の解決を有効になしうるのかどうか、なお議論の余地があるう⁽²⁸⁾。「これはこのように適法説の立場から所有権境界説を批判したものともみることができる。分筆・移転登記をして現在の所有権の範囲を登記簿に表すためには地番の境界を民事訴訟により確定する必要があるかは、境界確定訴訟の対象たる境界は何かという問題にとって、いまやもっとも重要な論点になりつつあるといつてよいのではあるまいか。もっとも、判事は「判決理由中で公的境界が認定され」るのであってもよいかのよう論じている。もし、そうであれば、取得時効の場合は所有権境界説でも判決理由で地番の境界のおおよその位置は示されることになるので、それでは足り

ないのが問題になる。

なお、判事は、通説を形式的に真くのではなく、「当事者も裁判所も紛争の実態を見極め、所有権をめぐる紛争があとに残らぬよう適切な訴訟活動、訴訟指揮が望まれる」と述べている。これは畑判事の、通説の「欠点は欠点として十分認識」すべきであるが「適切な訴訟運用」により欠点を補うべきであるとする議論と同趣旨であろう。

注

- (1) 村松俊夫・境界確定の訴「増補版」七二頁、七三頁。
- (2) 村松・前掲七二頁は自説と類似の説として小室説を引用しているようにも読める。
- (3) 村松・五七頁。
- (4) 村松・五一頁。
- (5) 村松・一四二頁。
- (6) 上田・前掲判批二二四頁。
- (7) 上田・二二五頁。
- (8) 平田・前掲判批四二九頁、四三〇頁。
- (9) 平田・四二八頁。
- (10) 奥村・前掲二〇〇頁注(5)。
- (11) 畑・前掲七二頁。

(12) 松山・前掲四三頁、四四頁、加藤・前掲四五八頁、林屋・前掲判批二二五頁、林伸太郎「境界確定訴訟に関する一考察(一)」法学四八卷三八九頁以下(四一九頁注(67))。

(13) 畑・前掲判批二六二頁。

(14) 平田・前掲判批も小室説の内容を畑判事と同じように解するが、思考分裂云々の批判はしていない。

(15) 石川明「境界確定の訴と取得時効の主張」伊東乾ほか編・法学演習講座⑩民事訴訟法(昭和四六年)二一八頁以下(二二二頁、二二三頁)は、通説たる形式的形成訴訟説の立場から特殊類型訴訟説(複合訴訟説)に立つ小室説を批判しているが、その中で、「判決で確定された境界をこえて所有権を主張することは、法律行為・時効取得等を理由とする場合許される。これらの主張まで形成効により遮断されるわけではないからである。」という批判も行っている。石川教授が境界確定訴訟の法的性質の問題と対象の問題とをより明確に区別したなら、後者において小室説は論理的に成り立たないという、より鋭い批判に行き着いたと思われる。

(16) 奥村・前掲一八五頁、一八六頁。

(17) 奥村・一九五頁。

(18) 畑・前掲七二頁。

(19) 松山・前掲四四頁、加藤・前掲四五八頁。坂原正夫「判批判例タイムズ五〇五号(昭和五八年)二二八頁以下(二三三頁注(13))」は畑判事の論文について、「通説批判に対して通説擁護の立場から明快に反論する。」と評している。

(20) 林屋・前掲判批二二五頁、林・前掲四二二頁。

(21) 畑・前掲七三頁。

(22) 畑・七三頁。

(23) 畑・六八頁、六九頁。

(24) 畑・七三頁。

(25) 村松・前掲二八頁、三七頁、七一頁、七二頁、上田・前掲判批二二四頁、平田・前掲判批四三〇頁、稲田早苗・判批・法学研究四二巻五号九六頁以下(九九頁)、坂原・前掲判批二三〇頁、松津節子・後掲七五二頁などが適切な訴訟運用の必要を説いている。理論の一貫性を主たる根拠として適法説を提唱した小川正澄判事でさえ、「もっとも、経界確定訴訟において、係争地域について時効取得その他の所有権取得原因が主張された場合に、所有権確認の新訴を併せ提起するよう促すべきかどうかは、別問題である。」(小川「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一四四五頁)と述べて適切な訴訟運用を示唆している。

(26) 畑判事は地番の境界を確定する訴訟により、多くの場合、實際上、当事者の所有権の範囲の争いが解決されることにつき、「境界確定訴訟の紛争両当事者は、特段の事情がない限り、公的境界即所有権の及ぶ限界とすることを互いに当然の前提として土俵に上がっていると解するのが最も常識にかなっているのではなからうか。そして、このような当事者の訴訟外での暗黙の合意ないしは訴訟外規範こそが判決による公的境界確定によって紛争が解決している理由ではなからうか。」(七三頁)と述べている。そのうち「公的境界即所有権の及ぶ限界ということ」の合意については、所有権限界説に立つ花田判事は通説によってもそのような合意があれば境界確定訴訟は役に立つことを認めたのであるが(本稿(三)疏大法学四七号六八頁参照)、畑判事においてはそれが「暗黙の合意」に拡大されており、さらに「訴訟外規範」の存在が主張されている。しかし、そうすると、後に地番の境界を越えて自己の所有権が相手方方面に及んでいくと主張することはそのような暗黙の合意や規範に違反し許されないということになるのであろうか。そうであるなら地番の境界を確定する訴訟はそれこそおおいに紛争解決に役立つことになる。しかし、これは従来の通説の立場とは異

なる。畑判事もように言うつもりはないであろう。おそらく、後に地番の境界を越えて自己の所有権が相手方方面に及んでいるという主張がなされた場合は、実は「特段の事情」があったとして、その主張を許すのではなからうか。そうだとすれば「暗黙の合意」とか「訴訟外規範」とか言っても意味がないことになる。私見によれば、地番の境界の位置と所有権の境界の位置は取得時効や境界の合意という不一致の原因がない限り一致するので、地番の境界を越えて自己の所有権が相手方方面に及んでいると主張するためにはそのような不一致の原因を主張し、立証しなければならず、それをせずに地番の境界を越えて自己の所有権が相手方方面に及んでいると主張することはできないことが、地番の境界を確定する訴訟により、多くの場合、實際上、当事者の所有権の範囲の争いが解決される理由である。「暗黙の合意」とか「訴訟外規範」とかを言う必要はまったくないし、そのような規範は存在しない。

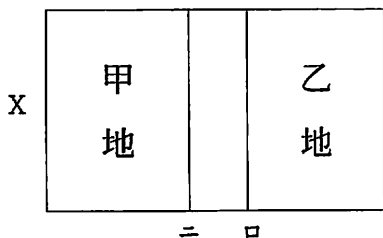
(27) 住吉博「土地境界確定の訴」民事訴訟叢本(昭和四八年)五五六頁以下(五八五頁、五八六頁)。

(28) 松津節子「境界確定訴訟」小川英明||長野益三編・現代民事裁判の課題①不動産取引(平成元年)七二二頁以下(七二六頁、七二七頁)。

(29) 松津・七五二頁。

第一四款 判例

一 本款では判例について見ることにするが、紙数の都合により最高裁判決に限ることにする。判例は最高裁のそれに限らず下級審のそれも、通説と同様、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるという立場を採っていることには異論はない。最高裁判決については、地番の境界が当事者の所有権の範囲を画してい

第 7 図
ハ イ

ない場合に境界確定の訴えは適法か否かに関わる前述の三つの判決（昭和四三年二月二日判決、昭和五八年一月一八日判決、昭和五九年二月一六日判決）のほか、次の判決がそのことを示していると見られている。すなわち、相隣者との間で境界を定めた事実があっても、これによって、その一筆の土地の固有の境界自体は変動するものではないとした昭和三十一年二月二八日の判決^①、境界確定の訴えにおいては、判決本文において、係争土地相互の境界を表示すれば足り、右土地の所有者が誰であるかを本文に表示することを要しないとした昭和三十七年一月三〇日の判決^②、隣接土地所有者間に境界についての合意が成立したこのみによって、右合意のとおり境界を確定することは許されなかった昭和四二年二月二六日の判決^③、境界の確定は、土地所有権の基づく土地明け渡し訴訟の先決関係に立つ法律関係にあらず、中間確認の訴えは許されないとした昭和五七年二月二日の判決^④がそれである。

二 しかし、実はそのうち判例①と判例③は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題とは関係がなく、しかも通説の立場からも具体的な事件の解決としてはその当否が問われるべきであったと思われる。そこで、議論の整理のために、まずはこのことを確認しておこう。

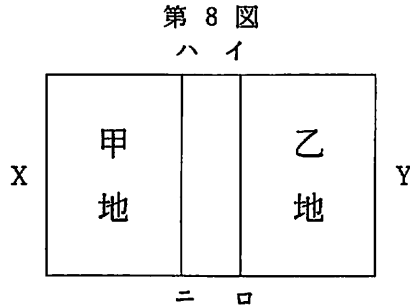
判例①の事案を上掲の第7図で説明すれば次の通りである。甲地と乙地を所有するYがうち甲地を訴外Aに売却し、その後、順次転売されXの先代が甲地を取得した。Xは甲地と乙地の境界はイロ線であると主張して隣地者Yを相手取って立ち木伐採禁止請求の訴えを起こした。これに対し、Yは境界はハニ線であると争った。原審判決はほぼイロ線を境界と認めてXの請求を認容した。

Yは他の理由とともに次の理由により上告した。原審においてYは、YがAに甲地を売却した際はもちろんのこと、その後Xの先代が買い受けるにいたるまでいずれも乙地との境界はハニ線であることを実地につき指示して引き渡しをしていると主張したにもかかわらず、原審判決は公簿面だけから境界を決定している。しかし、土地の境界がどこにあるか、換言すれば処分された一筆の土地の範囲は公簿面だけから決すべきではなく、究極は関係当事者の意思、合意によって決すべきである。土地への立ち入り、伐採、搬出が違法か否かの判断には、契約当事者がいかなる範囲で土地を譲渡したか、どの部分が譲渡人に留保されたかが重要である、と。

最高裁は次のように判示してYの上告を棄却した。「原審におけるYの主張は、甲地中に境界を区画してその一部を売り渡したというのではなく、一筆の土地たる甲地の乙地との境界を所論の線と指示して引渡を了したというのであるから、右にいう境界とは異筆の土地の間の境界である。しかし、かかる境界は右甲地が乙地と区別されるため客観的に固有するものというべく、当事者の合意によって変更処分し得ないものであって、境界の合意が存在したことは単に右客観的境界の判定のための一資料として意義を有するに止まり、証拠によってこれと異なる客観的境界を判定することを妨げるものではない。原判決には所論の違法はない。」

さて、本判決は異筆の土地の間の境界、すなわち地番の境界は当事者の合意によって変更処分し得ないという。第二期の兼子博士は「Aが隣地の一部を時効に因り取得しても、其の所有地たる何番地何号の甲地がこれだけ膨らみ、反面隣地たる何番地何号の乙地が凹むこととなるわけではないのは当然で」と述べたが、そうすると同じ理屈により地番の境界は当事者の合意によっても移動しないということになるはずであり、兼子博士の議論が本判決に影響を及ぼしたことは間違いない。本判決は兼子博士の影響の下に、しかし、学説にさきがけて地番の境界は当事者の合意によって変更処分し得ないとしたのであり、その後の学説の通説の形成に大きな影響を及ぼし

た。地番の境界は当事者の合意によって変更処分し得ないということになると、境界確定訴訟の対象は地番の境界であるとした場合、その境界につき当事者の合意によって変更処分し得ない、したがって和解も無効であるということになるからである。しかしながら、本判決自体は地番境界説に立つものではない。なぜなら地番境界説は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説であるが、本件は境界確定訴訟ではなく立ち木伐採禁止請求訴訟であり、そこで境界が問題となったにすぎないからである。ところで、立ち木伐採禁止請求は土地所有権に基づくものであるから、そこでは所有権の範囲が問題であり、それとは無関係に地番の境界が問題となることはないはずである。ただ、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、そのため原則的には地番の境界の位置が問題になるといふにすぎない。ところで、本件で仮にYの主張するように乙地との境界はハニ線であることを実地につき指示して引き渡したとすれば、たとえ地番の境界はイロ線であるとしても、ハニ線が当事者の所有権の範囲を画している可能性がある。それは甲地全部ではなくハニ線で区画された一部が売買されたと見うる場合である。それゆえ、Yとすれば、仮に地番の境界はイロ線であるとすれば売買の対象となつたのはハニ線で区画された甲地の一部であると主張するべきであつたのであるが、これに思い至らずに境界の合意により地番の境界が移動するかのよう論じた。そのため地番の境界は当事者の合意によって変更処分し得ないとして上告を棄却されたのである。地番の境界は当事者の合意によって変更処分し得ないことは正しい。登記簿上一筆の土地とされている土地の境界は当事者の合意や取得時効により、分合筆の登記を経ることなく当然に移動するものではないからである。しかし、これを理由に上告を棄却したことはすこぶる疑問である。なぜなら、Yは法律構成は誤つたとはいえ、売買の対象は第7図でいえばハニ線より左のみであり、係争地はYの所有のままであることを主張しているのであるから、原審はこのことを審理すべきであつたからである。それ



を「原審におけるYの主張は、甲地中に境界を区画してその一部を売り渡したというのではなく、一筆の土地たる甲地の乙地との境界を所論の線と指示して引渡を了したというのであるから」として上告を棄却し、契約当事者がいかなる範囲で土地を譲渡したか、どの部分が譲渡人に留保されたかを決め手としないう紛争解決を結果的に是認したのは不当である。そして、以上のことは境界確定訴訟の対象を地番の境界とするか所有権の境界とするかとはまったく関係がない。地番境界説の論者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ても、隣地者に対する立ち木伐採禁止請求の認否は当事者の所有権の範囲により決まることは承認しなければならないはずだからである。

三 判例③の事案を上第8図でやや単純化して説明すれば次の通りである。

Xは隣地者Yを相手取って甲地と乙地の境界はイロ線であるとして境界確定訴訟を提起した。これに対し、Yは境界をハニ線とする旨の和解契約が存することを理由に境界はハニ線であると主張した。原審においてXはイロ線とハニ線ではさまれた部分、すなわち係争地の所有権確認請求に訴えを交換的に変更し、Yも係争地の所有権確認請求の反訴を提起した。そしてXは係争地はXの所有する甲地の一部であると主張し、Yは係争地はYの所有する乙地の一部であると主張した。原審判決はY主張の和解契約の成立を認めてXの請求を棄却しYの請求を認容した。Xは各地番の土地は客観的に定まっているもので当事者の和解によって左右されるものではない等の理由により上告した。最高裁は次のように判示して原審判決を破棄し原審に差戻した。「原判決は、本件各所有権確認請求を審理するにあたり、前提として本件各土地の境界を確定しているが、境界確定については、甲乙間

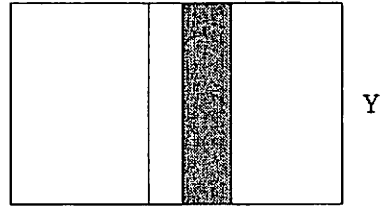
に合意が成立したことにのみ依拠していること明らかである。しかし、相隣者間において境界を定めた事実があつても、これによって、その一筆の土地の境界自体は変動しないものといふべきである（昭和三二年二月二八日当裁判所第二小法廷判決・民集一〇卷一二号一六三九頁参照）。したがって、右合意の事実を境界確定のための一資料とすることは、もとより差支えないが、これのみにより確定することは許されないものといふべきである。」さて、本件は境界確定から係争地の所有権確認に訴えが交換的に変更された事件である。本判決の判旨自体はまったく正当であるが、これだけを述べて原審判決を破棄し差戻したのはすこぶる疑問である。なぜなら、原審の裁判所は今度は合意の事実を単なる一資料として地番の境界の位置を審理し、その地番の境界の位置から直ちに訴訟物たる所有権確認請求の認否を決めるおそれがあるからである。しかし、訴訟物たる所有権確認請求の認否にとって決定的なのは所有権の境界の位置であり、それは当事者の合意により定めることができるのであるから、原審の裁判所としてはハニ線を境界とする和解契約が地番の境界の和解としては無効でも所有権の境界の和解としては有効と見うるか否かについて審理すべきであり、それゆえ最高裁は本判決でそのように指示するのが適当であつた。以上のことは境界確定訴訟の対象を地番の境界とするか所有権の境界とするかとはまったく関係がない。

このように、判例①と判例③は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題とは関係がなく、通説の立場からも具体的な事件の解決としてはその当否が問われるべきであつた。ところが、通説に立つ論者も少数説に立つ論者もこのような指摘をしていない。わずかに、少数説に立つ稲村良平氏が判例③につき氏の論稿の注で、「原審が所有権確認に変更せられ訴訟物が変わったのにもかかわらず、なお境界を問題として取り上げたことは最高裁が民事訴訟法の解釈を誤つたものであるとする見解が研究会員から多く出された。」

と述べているに過ぎない。

四 判例②は通説たる地番境界説の立場からは当然の帰結である。なぜなら、地番の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からである。ただ、この判決は「土地境界確定の訴えにおいては、——所有権確認の請求が含まれない限り、——所有権が誰であるかを主文に表示することを要するものではない。」(傍点——玉城)と判示している。この点につき、「この判決は、境界確定の訴えには、境界線だけの確定を求める訴えと所有権の確認を含む訴えとがあることを示唆するが如くで、境界確定の訴えにつきなお所有権との関連を完全に断ち切れないでいるとも思われる。」という指摘があるが、同感である。判例①は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題とは関係がないという私の見方によれば、本判決は最高裁が通説と同様、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるという立場を採ることを示した最初の判決ということになるが、このようにまだその立場に徹していない。しかし、境界確定訴訟の対象たる境界を地番の境界としつつ、所有権確認の請求が含まれているような境界確定訴訟を認めるということがはたして論理的に可能かが小室説におけると同様に問題となる。しかしながら、以後の判決ではこのような境界確定訴訟に二種ありとするような表現は見られないのであって、本判決のこの点はそれほど重視する必要はなさそうである。なお、本判決が境界確定訴訟に二種ありとする第一期の判例を参照したことは容易に推測されるが、第一期の判例とは異なり本判決は本件は所有権確認の請求が含まれていない場合であるとしている。

五 判例④は通説たる地番境界説の立場からは当然であると見られているが、実は村松判事は所有権確認訴訟で境界確定の訴えを中間確認の訴えとして提起できることを認めており、それとの関係が問題となる。そこでこの判例について詳しく見てみることにしよう。

第 9 図
ハ

て、第一審原告が当審において提起した本件土地境界確定の訴えは中間確認の訴えの要件を欠き、不適法である（のみならず、右訴えは、本件においては係属中の本件建物収去退去土地明渡等の訴訟がすでに終結に熟している段階において提起されたのであって、右訴えの審理のため更に証拠調べを要し、右訴えの追加は本件訴訟手続を著しく遅滞させるものであるから、かかる段階での中間確認の訴えの追加は許されない。）。「これに対し、Xは次の理由により上告した。「甲地所有権の東限と乙地所有権の西限は一方の土地が他方の土地を時効取得することのない限り、甲地と乙地の境界線と一致する。すなわち、紛争の実態を直視すれば甲地と乙地の境界争いであるとともに、各所有者であるXとYとの所有権の範囲の争いであり、所有権の範囲の争いが境界線がどこかという争いの形で現象化しており、所有権の範囲確定をはなしては、この紛争の実態はつかめず、係争の解決に

判例④の事案を上第9図で説明すれば次の通りである。Xは隣地者YがX所有の甲土地の一部（斜線部分）に建物を建築し所有しているとして土地明渡請求訴訟を提起した。第一審判決は甲地と乙地の境界はY主張のハニ線に近い線であると認められ、少なくとも係争地はXの所有には属さず、乙地の範囲に包含されるものと認められるとして、Xの請求を棄却した。原審でXは境界確定の中間確認の訴えを提起した。原審裁判所はこの中間確認の訴えを次の理由により却下した。「中間確認の訴えは、係属中の訴訟の先決事項たる法律関係の確認を求める場合に限って提起することが許されるところ、土地境界確定の訴えは土地所有権確認の訴えとは異なり、当該土地明渡訴訟の先決事項たる法律関係の確認を求める訴えにはあたらないと解するのが相当である。したがっ

何らかの形で境界の確定を必要とし、境界確定がその判断の前提問題となる。」

最高裁は次のように判示してXの上告を棄却した。「Xは原審において甲地と乙地の境界の確定を求める旨の中間確認の訴えを提起したが、境界の確定は、係争土地部分の所有権の確認と異なり、土地所有権に基づく土地明渡訴訟の先決関係に立つ法律関係にあたるものと解することはできないから、本件中間確認の訴えは、不適法として却下すべきものである。これと同趣旨の原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。」

さて、境界確定訴訟は公法上の境界を確定する訴訟であって当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないという通説の立場からすれば、右判旨は当然の事理であるということになりそうである。しかし、村松判事は、「土地所有権の確認の訴を提起したところ、その一部の土地である原被告の相隣部分が当事者のいずれの地番に属するかが不明で、原告所有権の土地であるとの立証は困難と思われるような場合には、境界確定の訴を中間確認の訴として提起することができる。」と述べている。村松判事はすでに見たように境界確定訴訟を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している。すなわち、係争地の所有権確認訴訟では境界を証拠によつて確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ある。それで、境界確定訴訟で境界を確定し、その後、所有権確認訴訟を提起すれば当事者の所有権の範囲の争いを十分に解決できるし、また境界確定訴訟と所有権確定訴訟を併合し提起すれば一回の訴訟で当事者の所有権の範囲の争いを十分に解決できる。そして、所有権確認訴訟を提起した場合もこのように境界確定の訴を中間確認の訴として提起することができるというのである。もっとも、判事は、「土地所有権の確認の訴を提起したところ、その一部の土地である原被告の相隣部

分が当事者のいずれの地番に属するかが不明で、原告所有権の土地であるとの立証は困難と思われるような場合には」と述べており、このような場合に限って境界確定の訴を中間確認の訴として提起することができるようにも読めるが、この点は措く。本件は土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟であるが、そこでは当事者の所有権の範囲が問題となり、それについて当事者は立証責任を負うので、村松判事の立場からはやはり境界確定の訴を中間確認の訴として提起することを認めることにならう。境界確認の訴を中間確認の訴として提起することによりもとの所有権確認訴訟や所有権に基づく土地明渡請求訴訟の紛争解決の内容まで変わってくる可能性があるというのは、先決関係に立つ事項についても既判力を生じさせるという目的・機能しかない通常の間確認の訴とはかなり異なる中間確認の訴を認めることになるが、その点は所有権確認訴訟や所有権に基づく土地明渡請求訴訟では境界の位置を非訟的に確認することはできないのかという問題にかかわっており、これはさらに境界確定訴訟の法的性質の問題に連なっているので、本稿では立ち入らないことにする。ともかく、村松判事の立場からは本件のような土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟において境界確定の訴を中間確認の訴として提起することは認められることにならう。これに対し、適法説を提唱した小川判事のように境界確定訴訟は公法上の境界を確定する訴訟であって当事者の所有権の範囲を確定する訴訟ではないという理論を一貫させるべきだとすれば、所有権確定訴訟においても土地明渡請求訴訟においても境界確定の訴を中間確認の訴として提起することは認められないということになるかも知れない。しかし、そうなるとそれらの訴訟では境界を証拠によって認定できない時は紛争は十分に解決できないことになる。すでに見たように小川判事も所有権確認訴訟のほかに境界確定訴訟が認められているのは合目的性の要求からであると述べているところからすれば、小川判事の立場からも境界確定の訴を中間確認の訴として提起することを認める可能性はあると思われる。このように右判旨は通説た

る地番境界説の立場からは当然であるとはいえない¹⁰⁾。

六 しかしながら、具体的事案の解決としては本件で境界確定の訴を不法としたことは妥当であったといえる。それは原審判決が二次的な理由としたところの「(のみならず、右訴えは、本件においては係属中の本件建物収去退去土地明渡等の訴訟がすでに終結に熟している段階において提起されたのであって、右訴えの審理のため更に証拠調を要し、右訴えの追加は本件訴訟手続を著しく遅滞させるものであるから、かかる段階での中間確認の訴えの追加は許されない)」ということによってである。第一審判決は甲地と乙地の境界はY主張のハニ線に近い線であると認められ、少なくとも係争地はXの所有には属さず、乙地の範囲に包含されるものと認められるとして、Xの請求を棄却した。そこでは境界のおおよその位置により係争地がXの所有に属さないことが明らかであったため境界の正確な位置を審理する必要はなく審理されていない。おそらく原審裁判所も同じであったであろう。だからこそ境界の正確な位置を審理することなく、「訴訟は終結に熟し」たのであり境界の正確な位置を審理するためには「更に証拠調を要し、右訴えの追加は本件訴訟手続を著しく遅滞させる」と言っているのである。すなわち本件では地番の境界のおおよその位置により訴訟物たる建物収去退去土地明渡請求権を全面的に棄却すべきであるという結論に達しており、それゆえ地番の境界の正確な位置は訴訟物の判断にとって先決関係に立つ事項とはいえないということになる。したがって、本件では境界確定の訴えは中間確認の訴えの要件を満たしていない。もっとも、そうだとでも境界確定の訴えを中間確認の訴えではなく、一般の訴えの追加的変更として提起することは考えられる。なぜなら地番の境界の正確な位置は先決関係には当たらないが、「請求ノ基礎ニ変更ナ(シ)」「とは言えるからである。しかし、「著シク訴訟手続ヲ遅滞セシ」(民訴三三二条)めないという要件も満たさなければならぬ。ところが本件では境界確定の訴えは「係属中の本件建物収去退去土地明

渡等の訴訟がすでに終結に熟している段階において提起されたのであって、右訴えの審理のため更に証拠調べを要し、右訴えの追加は本件訴訟手続を著しく遅滞させるものである」というのであるから一般の訴えの追加的変更としても許されないとことになる。このように、本件では境界確定の訴えは中間確認の訴えとしても一般の訴えの追加的変更としても許されないといいえる。このことは境界確定訴訟の対象につき所有権境界説を採っても異なる。ところが本判决はこのような理由によってではなく、「境界の確定は、係争土地部分の所有権の確認と異なり、土地所有権に基づく土地明渡訴訟の先決関係に立つ法律関係にあたるものと解することはできない」としたのであり、この判決理由は通説の立場からおおいに疑問とされなければならないであろう。ただし、「係争土地部分の所有権の確認と異なり」（傍点―玉城）というので、本判决は境界の具体的な位置が係争土地部分に存しないことが明らかな場合は境界確定の訴えは土地所有権に基づく土地明渡訴訟の先決関係に立つ法律関係に当たらないとしたにすぎないと善解する余地がないではない。

七 以上、最高裁は通説と同じ地番境界説を採っているが、そのことを示していると見られている判例の中には、地番境界説とは関係のない判例①、判例③、地番境界説としても行き過ぎの感のある判例④も含まれているということを指摘しておく。

なお、境界確定訴訟の提起は相手方の取得時効を中断するかということについて、これを認めた二つの最高裁判決（昭和三八年一月一八日判決^⑤、平成元年三月二八日判決^⑥）があるが、これについては別稿で論じたのでここでは省略する。

注

- (1) 民集一〇卷二二号・六三九頁。
- (2) 民集一六卷一〇号二二七〇頁。
- (3) 民集二二卷一〇号二六二七頁。
- (4) 判例時報一〇六五号一三九頁。
- (5) 判例①や判例③にふれているすべての文献がそうであり、枚挙にいとまがないが、例えば通説では村松・前掲九〇頁、九二頁、奥村・前掲一九四頁、畑・前掲七〇頁、少数説では小室直人「境界確定訴訟の再検討」中村古稀民事訴訟の法理二五四頁、新堂幸司・判批・法学協会雑誌八六卷二号二五九頁以下、花田政道「土地境界確定訴訟の機能」中川兼子監修・不動産法体系VI二二五頁、林・前掲四三〇頁。ちなみに、ジュリスト統民事訴訟法判例百選では判例③が「境界確定訴訟における当事者の合意」というタイトルの下で評釈されている(二三〇頁、高島義郎評釈)。
- (6) 稲村良平「経界確定の訴に対する一反省」判例タイムズ三四四号(昭和五二年)九七頁以下(九七頁注(2))。
- (7) 上田徹一郎・判批・民商法雑誌四九卷一号一一五頁以下(一一八頁)、坂井芳雄・判批・最高裁判例解説昭和三十七年度民事事篇三九〇頁以下(三九二頁)。
- (8) 鈴木重信・判批・法曹時報二〇卷八号一八五〇頁以下(一八五六頁)。
- (9) 平田・前掲判批四二六頁は、本判決が境界確定訴訟に二種ありとしたかつての判例の考えの復活を意味するものとは考えられない、と言う。
- (10) 本稿(二)・琉大法学四六号七頁、八頁参照。
- (11) 坂原・前掲判批二三〇頁、林・前掲判批五九五頁。

(12) 村松・前掲七三頁。なお、第一期において所有権関連否定説に立つ雫本博士も「所有権存在確認ノ訴ニ於テ隣地所有者タル被告カ経界線ヲ争フ場合ニハ、中間確定ノ訴トシテ経界ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノト解スヘキナリ」(雫本明造「経界ノ訴ヲ論ス」京都法学会雑誌七卷九号六四頁)と述べていた。

(13) 兼子ニ松浦ニ新堂ニ竹下・条解民事訴訟法八六〇頁。

(14) もっとも、地番の境界が当事者の所有権の範囲を画していない場合は先決事項にならない。

(15) 民集一七卷一頁。

(16) 民商法雑誌一〇一巻四号六二四頁(林屋礼二紹介)。

(17) 拙稿「土地境界確定訴訟と取得時効中断効」ジュリスト平成元年度重要判例解説一三二頁以下。

第五節 ドイツ法の及ぼした影響

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。わが国の議論が従来、境界確定訴訟の法的性質を中心になされてきたのもドイツにおけると同様である。そして、境界確定訴訟の法的性質については、わが国の通説の採る、私のいう請求に関する非訟理論と境界確定に関する非訟理論のいずれもドイツの通説の採るところである。もっとも、請求に関する非訟理論については、ドイツの通説は、原告は一定線を境界として主張する必要はないとはするものの原告が一定線を境界として主張した場合は裁判所はそれを越えて境界を確定してはならないとすること、¹⁾ 上訴審における不利益変更禁止の原則の適用の有無についてはまったく論点になっていないこと等はわが国の通説とは異なる。²⁾ これに対し、境界確定訴訟の対象について

はわが国の通説の立場はドイツの一般的な考えと大きく異なっている。すなわち、ドイツでは境界確定訴訟を形成訴訟と解するか確認訴訟と解するかを問わず境界確定判決は当事者の所有権の範囲を確定すると解するのが一般的である⁵⁾。このことがわが国の通説に対する少数説の批判の根拠のひとつになっている。すなわち、小室教授は、「ドイツ普通法は、ローマ法の境界訴訟の形態を継受した。そこでも境界確定訴訟の性質については議論があったが、通説はローマ法の学説に従って、それを *rei vindicatio* の一変態であると解していた。——当時

の通説は、境界確定訴訟の目的に関しては、混迷する所有権及び正しい境界線の発見にあると解しており、したがって、この訴えは第一目的と本質的目的とをもっており、所有権の外部的不明から生じる内部的不確実の排除をすること、すなわち所有権の探究にその目的を有するものであるとしていた。そこには境界線の確定と所有権の確定とが結合していたことは間違いがなく、この訴訟の判決の確定によって、所有権も同時に確定すると解するのが一般的であった。このことは注目すべき点である。というのはドイツの現行法のもとでも、多くの学説が同様の結論をとっているからである。」⁶⁾とし、次のように述べている。「境界確定事件が、その本質は非訟事件であることが認められているにもかかわらず、村松判事の表現をもってすれば、『ローマ法以来』訴訟手続によらしめられている根拠は、ローマ法、ドイツ普通法および現行ドイツ法のもとで、通説として疑われていないとおり、その訴訟の判決が、直接的に所有権の範囲を確定する効果をもつことにあるとおもふ。わが国の判例、学説がいうように、境界確定判決は、所有権とは無関係であり、ただ間接的に所有権の範囲を確定する如き結果を生じるにすぎないと解するならば、その本質を非訟事件とみる限り、現行法のもとではとりわけ、これを訴訟手続によらせることが薄弱とならざるをえない。いったい所有権の範囲を確定することなく、境界線だけを確定することに、いかなる意味があるのだろうか、疑問におもふところである。」⁷⁾小室教授は境界確定訴訟の本質を非

訟事件と見ることと関連させているが、それと関連させなくても、ローマ法、ドイツ普通法、現行ドイツ法における一般的な考え方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するわが国の通説を批判するひとつの材料になりうるはずである。ローマ法やドイツ法などにおける境界確定訴訟について全体的に論じた林伸太郎助教授もそれらでは境界確定判決は当事者の所有権の範囲を確定するというのが一般的な考えであることを指摘しており、このことを通説批判のひとつの根拠にしている。

二 それでは、わが国の通説とドイツにおける一般的な考え方とのこのような差異はどのようにして生じたのであろうか。この差異は境界確定訴訟についてのわが国の最初の本格的な論文である明治四五年の雉本博士の論文に起因する。雉本博士はローマ法やドイツ法における議論を参考にして境界確定訴訟の法的性質については非訟理論を提唱したが、境界確定訴訟の対象については所有権の範囲は境界確定訴訟の対象ではなく境界確定判決は所有権の範囲を確定しないと論じた。後者は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画しない場合がありうることを認識していない点で現在の通説たる地番境界説とは異なり私はこれを所有権関連否定説と呼ぶのであるが、この所有権関連否定説が現在の通説たる地番境界説の形成に影響を及ぼしたことはすでに見たとおりである。雉本博士は境界確定訴訟の対象についてはローマ法やドイツ法における一般的な考えとは異なる考えを採った。このことについて見てみよう。

雉本博士は、ドイツ普通法では通説は境界確定訴訟をもって「rei vindicatioノ一変態ナリトシ、『所有権ノ訴ナリト雖モ、然カモ境界線ヲ定ムルコトヲ以テ主タル目的トスル訴』⁶⁰」としたが、これは誤りであるという。その理由は、「(a) 所有権存在確認ノ訴ナリトスル場合ニハ、判決ニ於テハ所有権ノ存否ヲ確定スルノミニシテ、境界線ヲ定ムベキモノニアラス、所有権確認ノ間接ノ結果トシテ、境界線カ定マルニ至ルノミ。(b) 反之、

経界線ヲ定メンコトヲ要求スル訴ナリトセハ、所有権存在ノ主張ハ訴ノ理由アルコトヲ示スヘキ陳述タルニ過キス、裁判所カ所有権ノ存在ニツキ心証ヲ得、判決ヲ以テ境界線ヲ定メタル場合ニ於テモ、所有権ノ存在ハ判決理由ノ中ニ於テ裁判セラルルノミニシテ既判力ヲ生スルコトナシ。故ニ、所有権確認ノ訴ナリト雖モ、経界線ヲ定ムルコトヲ以テ主タル目的トスル訴ニシテ、裁判所ハ常ニ経界線ヲ定メサルヘカラストスルハ相矛盾スル觀念ヲ非論理的ニ結合シタルモノニシテ其誤マレルコトハ疑ヲ容レス。」¹⁰⁾というにある。このように雉本博士はドイツの通説とは異なり境界確定訴訟と所有権の範囲の関わりを理論的に否定した。そして、そうすることにより當時のわが国の民事訴訟法二二条一項、裁判所構成法一四条をうまく説明できると考えたのであった。

この所有権関連否定説はその後、山田博士、加藤博士の支持するところとなり、さらに山田博士、吉川博士、兼子博士によって地番境界説に発展させられた。これらの論者はローマ法やドイツ法における境界確定訴訟についてまったく、あるいはほとんど論じておらず、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所有権関連否定説と地番境界説に共通の命題がローマ法やドイツ法における一般的な考えとは異なることについてまったく触れていないし、無論なんらの説明も加えていない。通説の代表者と目されている村松判事や最近の畑判事も同様である。ただ、小川判事のみはドイツにおいては「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觀念されず、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觀念されていると解せられる。」¹¹⁾と述べている。それでは小川判事はわが国とドイツとのこのような差異についてなんらかの説明を与えているかであるが、すでに見たように判事は「実務上の通説の考え方を是認する立場を前提とし」¹²⁾て境界確定訴訟について論じたのであり、それゆえこの点についてなんら検討を加えていない。このように通説に立つ論者はドイツ法における一般的

な考え方との差異についてなんらの説明もしていないのであり、この面ではドイツにおける議論はなんらの影響をおよぼしておらず、ドイツとはまったく無関係に議論しているのである。民事訴訟法学の分野では大変珍しい現象であるといわねばならない。

三とところで、この所有権関連否定説は雫本博士の独創であろうか、それともドイツにそのような説が存したのであろうか。雫本博士は所有権関連否定説を主張した箇所ではいかなる文献も引用していない。しかし、論文の別の箇所では境界確定訴訟を *rei vindictio* の一変態とする通説に属する文献を列挙した後、反対説としてレンベルクの論文を挙げている¹⁰。それゆえ、博士はレンベルクの所説を参考にしたことが考えられる。そこでレンベルクの論文について検討するに、確かにそこには、境界確定訴訟では「係争地の所有権ではなく土地の範囲が問題となっている。係争地の所有権はむしろ二次的に、判決理由として斟酌されるにすぎない¹¹。」という表現が見られる。しかしながら、レンベルクの所説を所有権関連否定説と解することはできない。なぜならレンベルクは「所有権の範囲と境界はたいていは一致するが、常に一致するとは限らない¹²。」「境界線の決定にとって所有権関係は決して排他的な基準とはならない。」¹³というのであり、雫本博士のように地番の境界が当事者の所有権の範囲を画しない場合がありうることを認識してはいないにもかかわらず境界確定判決は当事者の所有権の範囲を確定しないとすることはないからである。それゆえ雫本博士の説く所有権関連否定説はレンベルクの表現を参考にしたことは考えられるが、レンベルクの所説とは異なり博士の独創にかかるといえる。なお、雫本博士がレンベルクの論文を挙げているということから、博士は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画しない場合がありうることを認識していたのではないか、すなわち博士の所説は所有権関連否定説にとどまるものではないか、という疑問が生じなくもない。しかし、博士が地番の境界が当事者の所有権の範囲を画し

ない場合がありうることを認識していたのであれば、それについて当然ふれたと思われるのに、まったくふれていないので、博士の所説は所有権関連否定説であると解すべきである。¹⁷⁾

四 ここで、レンベルクは「所有権の範囲と境界はたいはいは一致するが、常に一致するとは限らない。」と言うので、そのような境界を対象とする境界確定訴訟はわが国の現在の通説の言う境界確定訴訟と同じなのか、すなわちレンベルクの所説は地番境界説なのかが問題となる。確かにレンベルクは境界確定訴訟においては所有権訴訟におけるとは異なり取得時効を主張することはできないとし、また境界の合意において所有権の範囲と境界の不一致が生じるとしている。¹⁸⁾しかし、レンベルクによると境界確定訴訟において取得時効を主張することはできないのは境界は隣地者の一方のみによって決定されることはできないためであり、それゆえ境界の合意によって境界は定まるが、他方、境界の合意によっては所有権は移転しないというのであり、わが国の地番境界説とは根拠が異なり、また境界の合意ではわが国の地番境界説とは結論が正反対である。

ところで、ローマのユステイニアヌス帝法の規定をそのまま継受したドイツ普通法学の取得時効理論において、通説は境界確定訴訟においては一〇年または二〇年の通常取得時効は排除され三〇年の特別長期取得時効のみが適用されるとした。¹⁹⁾この通説に対し、レンベルクは、ローマ法源の解釈により境界確定訴訟では特別長期取得時効も許されず、他方、所有権訴訟ではいずれの取得時効の援用も許されるとした。²⁰⁾レンベルクのように解すると取得時効において所有権の範囲と境界の不一致が生じる。これに対し、通説は前述のように境界確定訴訟を *rei vindicatio* の一変態とし、境界確定判決は当事者の所有権の範囲を確定するものであるから、このような不一致を認めない、すなわち境界確定訴訟と所有権訴訟とで取得時効の取扱いを異ならしめないことになろう。²¹⁾ただ、そうなると境界紛争では通常取得時効は排除され特別長期取得時効は適用されるのはなぜかが問題になる。

これについてドイツ普通法学における取得時効理論について研究した三藤邦彦教授は「かかる制限は、通常取得時効の適用範囲が一正常な取引の場合に限定されていることを示すものと言ふことができよう。」と述べている。すなわち権原により物の占有を取得したことを要件とする通常取得時効はそのような権原を欠く越境には適用されないが、これを要件としない特別長期取得時効は越境にも適用されるというのである。レンベルクのローマ法源の解釈はローマ法では境界確定訴訟は境界の位置を確定し、かつ境界標の設置を求める訴訟であると解するレンベルク自身の立場とも矛盾しよう。なぜなら、そうすると当事者の所有権の範囲を画しない位置において、すなわち当事者の一方の所有地内に境界標を設置すべき場合があることになるが、これはいかにも不自然であるからである。ちなみに、わが国の通説の論者はドイツの議論とはまったく無関係に論じているので、レンベルクの引用するローマ法源やレンベルクの所説についてふれている者はむろん存しない。

五 現行ドイツ民法（一九〇〇年施行）では不動産については取得時効は認められないため（BGB九三七条参照）、学説は境界確定訴訟における取得時効についてまったく論じていない。しかし、学説は境界確定契約（*renzfestellungsvertrag*）は有効であり、境界についての訴訟上の和解も有効であるとしており、わが国の通説とは明らかに異なっている。

注

- (1) Staudinger, Kommentar zur bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3 12 Aufl. (1982) § 920, I., Meisner-Stern-Hodes-Dehner, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West Berlin, 5. Aufl. (1970) s. 99f.

- (2) Staudinger, a. a. O. § 920, II, 3, III, 5, Meisner-Stern-Hodes-Dehner, a. a. O. s. 100 Anm. 6, 伊藤豊十「境界確定の訴訟に関する判例・学説」最高裁事務総局・境界確定訴訟に関する執務資料六八六頁。
- (3) Höninger, Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerlichen Rechte (1901) s. 71, 104 は判決に対しては一般の法原則により上訴が許せらるゝと述べている。
- (4) Staudinger, a. a. O. § 920, I, III, 7, c, Meisner-Stern-Hodes-Dehner, a. a. O. s. 125. Reis, Grenzrecht und Grenzprozess (1914) s. 131f. s. 136f.
- (5) 小室・前掲一一九頁、一二〇頁。
- (6) 小室・一四〇頁。
- (7) 林・前掲・法学四九卷三〇六頁以下。
- (8) とりわけ、博士は境界の争いは事件の性質からすれば非訟事件に属するとしてヘーニガーを引用しているが、ヘーニガーは境界確定請求権は所有権から生じる物権的請求権であるとし、境界確定判決は所有権の範囲につき既判力が生じるとしている。Honiger, s. 91, 106.
- (9) 雑本朗造「経界ノ訴ヲ論ス」京都法学会雑誌七卷八号八一頁。
- (10) 雑本・八二頁、八三頁。
- (11) 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一一四八頁。
- (12) 小川・一一四二頁。
- (13) 雑本・前掲七五頁。
- (14) Rönneberg, Die Grenzscheidungsklage nach romischem und gemeinem Recht, Archiv fuer

- Bürgerliches Recht, Bd. 11 (1896) s. 176.
- (15) Rönberg, s. 174.
 - (16) Rönberg, s. 132.
 - (17) なげ 本誌 (一) 第六法第四五頁二二四頁注16参照。
 - (18) Rönberg, s. 174.
 - (19) Rönberg, s. 160.
 - (20) Rönberg, s. 174.
 - (21) Dernburg, Pand. I § 220, 229, Wiederhold, Bemerkungen über die actio finium regundorum, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. 13 (1839) s. 60, Rudorff, Die Grenzseidungsklage, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 10 (1842) s. 412.
 - (22) Rönberg, a. a. O. s. 159f.
 - (23) 例えばウィーターホルトは「正しい境界は隣地所有者の一方の所有権が終わり、他方の所有権が始まることに存する」(s. 38) と「この『境界土地 (Grenzland) は通常取得時効から除外されている」(s. 60) と述べている。そのように解される。
 - (24) 三藤邦彦「一九世紀ドイツ普通法学における取得時効理論」学習院大学政経学部研究年報7号一〇七頁以下(一三六頁)。
 - (25) Rönberg, a. a. O. s. 133.
 - (26) ちなみに、レンスルクが境界確定訴訟で取得時効を主張できないため敗訴した当事者は所有権訴訟で取得時効を主張

して係争地の所有権を認めさせることができる」と述べているのは (s. 177f.)、わが国の通説と同じである。なお、レンベルクはわが国の通説内部で適法説と不適法説が対立する論点についてまったく論じておらず、それゆえ適法説と同じ結果になることができるが、すでに所有権訴訟で相手方の取得時効が認められて敗訴した当事者は境界確定訴訟で取得時効抜き境界確定を求めることはできないと言っている (s. 178)。係争地の所有権は前の判決で否定されたからというのであるが、「境界線の決定にとって所有権関係は決して排他的な基準とはならない。」という氏の立場と矛盾しよう。

(27) *Reis, a. a. O. s. 168* はプロイセンでは登記簿が設置された一八七二年一月一日以降はもともとの境界が取得時効により移動することはなくなると述べている。

(28) もっとも BGB 九〇〇条は登記簿取得時効について規定しており、*Reis, a. a. O. s. 84f.* は境界争いにおいてこれを援用することを認めている。

(29) 林・前掲三三三頁、*Meisner-Stern-Hodes-Dehner, a. a. O. s. 96f.*、*Staudinger, a. a. O. § 920, V.*

(30) 林・前掲三三三頁、*Reis, a. a. O. s. 171f.*

第六節 要約

一 本章で述べたことを要約すれば、だいたい以下のとおりである。

第一期において、雫本博士はドイツにおける議論を参考に境界確定訴訟の法的性質については非訟理論を提唱したが、境界確定訴訟の対象についてはドイツの通説とは異なり、所有権の範囲は境界確定訴訟の対象ではなく

境界確定判決は所有権の範囲を確定しないと論じた。それにより当時のわが国の民事訴訟法二二条一項、裁判所構成法一四条を説明した。また、このように境界確定訴訟の対象は所有権の範囲ではないとすることに、裁判所は当事者の主張する境界線の範囲外に境界を確定することができるという、境界確定訴訟の法的性質についての、いわゆる請求に関する非訟理論を正当化しようとしたものと思われる。現に雫本博士に從う山田博士、加藤博士はそのような正当化を行い、さらに境界確定訴訟では控訴審における不利益変更禁止の原則が適用されないということをも正当化した。しかし、雫本博士、山田博士、加藤博士は地番の境界の位置と所有権の境界の位置の不一致の原因である取得時効や境界の合意についてまったくふれておらず、彼らにとって境界とは常に一筆の土地の境であるとともに当事者双方の所有権の境でもあった。それにもかかわらず、境界確定訴訟と所有権の範囲のかかわりを理論的には否定し、「経界訴訟の判決にして確定するときは土地所有権の範囲も亦自ら決せらるる——此の結果たるや経界線の形式に必然伴ふべき間接の結果にして」というように境界確定訴訟と所有権の範囲のかかわりを事実上のものにすぎないとしたのである。このいわゆる所有権関連否定説が学説上は有力であった。

判例においては、境界確定訴訟には単に境界のみに不明もしくは争いがある場合のそれと、境界に面した部分に争いある所有権を基本として境界の確定を求める場合のそれとの二種があるとする一連の裁判例が存したが、実際に当該の事件が前者であるとすものはなく、境界確定訴訟に二種ありというのは学説上有力な所有権関連否定説と真正面からぶつかることなくこれを否定するという目的、少なくとも機能を有していた。

境界の合意がかかわった事件についての大正一〇年六月八日大審院判決は境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界であるという考え、あるいはそれに類似の考えに立つものと見ることができる。これに対し、山田博士

の判例評釈は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるという考えに立つものであるが、博士は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か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こととして疑わなかったのである。このような当然視は、ひとつには訴状の記載の仕方が、ひとつには所有権関連否定説が原因となったものと思われる。

二 第二期において、昭和九年八月一〇日大審院判決は、被告の主張する取得時効は無関係としてそれを審理せず境界を確定した原審判決を、取得時効が成立しているなら境界は移動したことになるので取得時効につき審理すべきであるとして破棄し差戻した。このうち原審判決が地番境界説に立つことは明らかである。これに対し、大審院は取得時効により所有権の境界は移動するが地番の境界は移動しない、そして境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界であるとするのか、それとも取得時効により地番の境界イコール所有権の境界が移動するものか、すなわち所有権境界説に立つものか、それともそれと類似の考えに立つものかはあきらかでないが、判決文の読み方として前者であると解するのが無理がないように思われる。本判決の判例評釈において吉川博士は本判決がそのうちのいずれであっても不当であるとした。すなわち、前者であれば「それは結局当事者の所有権の範囲を判決主文に於て(即ち既判力を以て)確認することを是認するに外ならないのであって、境界確定訴訟と所有権確認訴訟とを混淆するの誤りに座するものと謂わねばならぬ。」、また後者であれば取得時効の成立によりその部分は独立の土地になるのであって、地番の境界が移動するというのは誤りである、と論じた。そのうち重要なのは前者に対する批判であり、このように吉川博士は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か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論じた、すなわち自覚的に地番境界説を採ったのである。

しかし、その論拠は従来の有力説、すなわち所有権関連否定説のみであった。

一方、兼子博士は本判決が前者である可能性に思い至らずに後者と解して、「Aが隣地の一部を時効に因り取得しても、其の所有地たる何番地何号の甲地がこれだけ膨らみ、反面隣地たる何番地何号の乙地が凹むこととなる訳ではないのは当然で」と述べてこれを批判した。すなわち、博士は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前提にして取得時効により地番の境界は移動しないと論じたのであって、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所得権の境界かという問題に直面して地番の境界であると論じたわけではない、すなわち自覚的に地番境界説を唱えたわけではないのである。もっとも、取得時効により境界は移動しないことにつき、博士は「本訴は双方の土地所有権の範囲の確認を目的とするのではない」こと、時効取得は一定地域を時効期間継続して占有したことに基づく法律効果で、之を肯定するか否かは、最早裁量に基づき経界を設定する問題ではない」こと、をも論拠としており、これらは博士が念頭においていなかった所有権境界説に対する批判の論拠ともなりえないではないが、おおいに問題があると私は考える。

それはともかくとして、兼子博士が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前提にして疑わなかったことは、その後の学説・判例に大きな影響を及ぼした。すでに第二期においても境界確定訴訟の取得時効中効を肯定した昭和一五年七月一〇日大審院判決は、しかし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前提にしていた。この判決の判例評釈において吾妻博士は所有権境界説、またはそれと類似の説を原告の意思を根拠に唱えたが、これは後の学説に気づかれず、後の学説に影響を及ぼすことはなかった。

三 第三期において、宮崎判事は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前提に、境界確定訴訟では当事者の真の紛争である所有権の範囲の争いを解決することができないとして境界確定訴訟を否定し、係争

地の所有権確認訴訟によればよいとした。これに対し、村松判事は、ア 「原告Aが甲土地の所有権者であり、被告Bが乙土地の所有権者の場合」、 「両地の境界線がXOY線であると境界確定の訴で定められると、(イ)OXの土地は、もともと甲地に属していたのであるから、依然として原告Aの所有地であるとか、(ハ)OXの土地は、もともと乙地に属していたのであるから、依然として被告Bは所有権を失っていないとの主張は、理論的には可能であるが、実際には、立証の關係でそれはほとんど不可能に近い」ので境界確定訴訟は實際上、当事者の所有権の範囲の争いを解決する。イ 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場合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、と論じた。兼子博士は境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲とは無關係として突き放したのに対し、村松判事はこのよう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たのである。そして、それだからこそ地番境界説は通説となりえたと云ってよいであろう。しかし、村松判事も兼子博士と同様、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前提にしたのであって、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かという問題に直面し地番の境界であると論じたのではなかったのである。

四 ところで、当事者の一方が地番の境界を越えて他方の所有権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しないことになるので、その場合は当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から境界確定訴訟を正当化することはできないことになる。そのためであろう、村松判事はその場合は境界を接する隣地所有者どおしという境界確定訴訟の当事者適格を欠くとして訴えは不適法になる旨を説いた。これに対し、小川判事は、取得時効が成立する場合でも「公法上のものである地番と地番とは依然として双接しており、その経

境界線は厳然として存在するから、これを発見し或は設定することは可能であり、通説の立場からすれば、それこそ境界確定訴訟の目的ではなかったのだからか。境界確定訴訟を所有権の境界を確定する訴訟と區別し、所有権觀念を捨象して出発したはずのこの訴訟において、当事者適格の存否に關してだけ何故に特定地番に対する所有でなく、地番を越え或は地番内の現実の土地に対する具体的な所有権の帰屬を問題にしなければならないのであろうか。——————当事者適格の故に当該訴を不適法とすることは、理論の一貫性を欠く。」として批判した。このようにして通説内部で不適法説と適法説が対立することになった。不適法説は境界確定訴訟の実益を問題にするのに対し、適法説は理論の一貫性を重視するといふことができるが、小川判事は当事者の所有権の範囲を画しない地番の境界を確定することにも実益がないわけではないとして、「（例えば、将来、登記をする場合、地番と地番の境界が確定されていないと本来自己の土地に属する部分と時効により取得した部分との区別ができない場合も生じるであろう。）」と述べた。この、小川判事にとってさほど重要ではなく、また確信があるといふわけでもない論拠が後には適法説の重要な論拠になってゆく。

五 通説に対し、これを批判する少数説も現れた。小室教授は通説が境界確定判決は当事者の所有権の範囲を確定しないとすることを批判し、境界と並んで当事者の所有権の範囲も境界確定訴訟の対象であることに、境界確定判決は当事者の所有権の範囲について既判力を生じると論じた。しかし、教授のいう境界も通説と同じ地番の境界であり、教授の説は境界確定判決は地番の境界を確定し、そしてその位置において当事者の所有権の範囲を確定するものであった。しかし、教授も認めるようにこの説は地番の境界が当事者の所有権の範囲を画している場合をもっぱら念頭においており、地番の境界が当事者の所有権の範囲を画していない場合もありうる以上、この説は論理的に成り立たないといわねばならない。また新堂教授は紛争の実態は地番の境界の争い

であるとともに所有権の範囲の争いであるとし、通説のように境界の公法的性格を強調するのではなく私的紛争の解決という境界確定訴訟の機能を重視すべきであるとして、境界の合意は有効であると論じた。この説は登記簿上、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を認めることになり、そこに問題がある。小室説も新堂説も通説と同様、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が、それは、やはり通説と同様、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か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たのではなく地番の境界であることを前提したのであった。この立場は少数説のひとつの流れを形成した。

少数説のもうひとつの流れは境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かというように問題を設定し、所有権の境界であると主張するものであった。この所有権境界説は森松判事にその萌芽が見られ、高津氏を経て、花田判事において明確に表明され、宮川判事によって敷衍された。

そのほか、佐々木教授は境界確定訴訟には二種類があるという独自の説を唱えたが、それは通説のいう境界確定訴訟をそのまま認め、ただ、それとは別に、その「公法的境界」と位置が一致しない場合の所有権の範囲の限界を「私的法境界」と呼び、これの確定を求める訴えも認めるという説であり、この説には実際的な見地から疑問がある。

六 一方、通説内部の不適法説と適法説の対立は、昭和五八年一〇月一八日最高裁判決が取得時効が成立する場合でも分筆・移転登記のためには地番の境界を確定する必要があるという理由で適法説を採ったことにより、適法説が優勢になった。今や通説は不適法説も適法説も境界確定訴訟を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ことでは共通するが、ただ不適法説は地番の境界が当事者の所有権の範囲を確定しない場合、

当事者の所有権の範囲自体の争いの解決のみを考え訴えを不合法とするのに対し、適法説は当事者の現在の所有権の範囲を登記簿上表して当事者の所有権の範囲の争いを抜本的に解決することを考えて訴えを適法とするものである、ということが出来る。

ところで、このような根拠づけによる適法説でも、地番の境界が当事者の所有権の範囲を画しない場合の当事者の所有権の範囲自体の争いは境界確定訴訟で解決することはできず、所有権確認訴訟などの所有権に基づく訴訟によらなければならない。そこで、林屋教授はこの適法説と所有権境界説とを結合して地番の境界と所有権の境界のいずれも境界確定訴訟の対象であることにより、境界確定訴訟により当事者の所有権の範囲自体の争いを解決するとともに紛争の抜本的な解決をはかるべきであるという説を提唱している。

七 通説に立つ奥村判事は所有権境界説に対し次のように批判している。「境界確定訴訟の対象となる『境界』とは、公的に設定（または認証）された地番と地番との境界線を指すものであって、私的な所有権の限界線を指すものではない。何とすれば、権利を容れるべき容器は元来公的なものであるから、これを非訟的に形成することが許されるが、その容器の中にある権利自体の処分は元来私的自治に委されたものであるから、共有物分割等の特別規定がないかぎり、その範囲や縁辺を非訟的に形成することが許されないからである。」これに対し、所有権境界説に立つ花田判事は「訴えの性質が確認訴訟であるか形成訴訟であるかは、訴訟で判断する対象が公法上の土地境界であるか私権対象の土地境界であるかに結びつくものではなく、次元が異なる問題である。」と反論している。同じく通説に立つ畑判事は所有権境界説に対し次のように批判している。「この説だと、公法上の境界線が従来から果たしてきた機能を無視することにならないか。現に、実際の訴訟（特に地方の山林境界紛争等）で当事者が公図、字限図等を持ち出して争う姿を見ると、当事者はまさに公的境界線を念頭においており、

これを媒介として私的紛争を解決しようとしているという実情とも遊離していかないかという懸念が残る。結局、この説は「通説」とはほぼ反対の位置にありながら恰もそれに対する批判を裏返したような批判が生ずるように思われる。「これに対しては所有権境界説の論者からの反論は見られない。なるほど所有権境界説の論者は公法上の境界を確定する訴訟はあまり役に立たないとし、私人間の訴訟によって国の定めた公法上の境界の確定を求めるのはおかしいとも述べているので、境界確定訴訟において公的境界を視野の外においているということができる。しかし、私見によれば地番の境界の位置と所有権の境界の位置は取得時効や境界の合意という不一致の原因が存在するときに除けば一致するのであるから、地番の境界を確定する訴訟はあまり役に立たないと言っている行き過ぎであるし、所有権の境界を確定する訴訟においても取得時効や境界の合意という不一致の原因が主張されなかったり、主張されても成立が認められないときは、地番の境界の確定基準と同じ基準により所有権の境界を確定すべきであって地番の境界を視野の外におくわけではない。それゆえ、所有権の境界を確定する訴訟においても当事者は公図、字限図等を持ち出して争うのが普通であり、ただ取得時効や境界の合意という不一致の原因が存在すると考えるのであればそれを主張することになるだけである。

八 判例は通説と同様、地番境界説を採っている。しかし、最高裁判決の中には、当該の訴訟が境界確定訴訟ではなく所有権確認訴訟や所有権に基づく立木伐採禁止請求訴訟であることから通説の立場からも具体的な事件の解決としてはその当否が問われるべきであった境界の合意に関する昭和三十一年二月二十八日判決、昭和四十二年二月二十六日判決、地番境界説としても行き過ぎの感がある、境界の確定は土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟の先決関係に立つ法律関係にあらず、中間確認の訴えは許されないとした昭和五十七年二月二日判決も存することに注意すべきである。

第二章 私見

私見といっても、おおかたは第一章で述べており、本章で論ずることはあまりない。これは第一期、第二期のみならず第三期についても学説・判例の紹介自体が予想以上に一定の視点によらなければ困難であり、そうである以上、同時に私見による評価を加えた方が読者にとっては理解しやすいと考えるに至ったため、当初の計画に反して学説・判例の整理においてそのつど私見を述べたことによる。それゆえ、本章は内容からすればむしろ節に格下げし、タイトルも「結論」とした方がよいのであるが、そうすると第一章だけになってしまつて不都合であるので、そのまま第二章とすることにした。第一章第一節に第三款を付加したことに続き、再び読者の御海容をお願いする次第である。

一 以上、述べきたったことから、通説・判例の採る地番境界説はおおいに問題があるといわねばならない。今や通説は不適法説も適法説も境界確定訴訟を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のであるから、まさしく当事者の所有権の範囲を境界確定訴訟の対象とする所有権境界説が理論的にも実際的にも妥当であることを承認すべきであつて、「適切な訴訟運用」で支えなければならぬ説を維持すべきではない。ただ、取得時効が成立する場合、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ので当事者の所有権の範囲を画さない地番の境界を確定することに実益があるという、適法説の論拠は傾聴に値する。この論拠が正しいければ通説の中の適法説

は不適法説に対して優位に立つだけでなく、所有権境界説に対しても優位に立つことになる。なぜなら通説の中の適法説は、むしろ所有権確認訴訟やその他の所有権に基づく訴訟との共働によってではあるが、紛争を抜本的に解決することができるのに対し、所有権境界説では地番の境界を確定する訴訟は認められないので紛争を抜本的に解決することができないことになるからである。そこでこの論拠について検討する必要がある。はたして、最初に思いついた小川判事にとってさほど重要でなく、また確信があるというわけでもなかったこの論拠が所有権境界説に対して通説を正当化する論拠たりうるであろうか。そして、結局、通説は正しかったということになるであろうか。

二 なるほど、分筆・移転登記をするためには地番の境界が確定されている必要があるであろう。しかし、当事者にとっては地番の境界の位置がともかく明確にされ分筆登記が可能になればよいのであって、当事者の所有権の範囲を画しない地番の境界の具体的な位置については利害を有しないはずなので、地番の境界の位置は当事者間の訴訟により確定されるべきであるとするのは疑問である。もし地番の境界の位置は当事者間の訴訟により確定されるべきであるとすれば、次のような不都合を生じる。それは取得時効が成立することについて争いがなく、それゆえ所有権の範囲について争いがない場合も、その所有権の範囲を登記簿に表すためには境界確定訴訟が必要であるということになる。あるいは取得時効が成立することに争いがあったがすでに訴訟なり和解なりでその争いは解決されたという場合も同様である。これらの場合、所有権の範囲については争いがないのに、あるいは争いが解決されたのに、その具体的な位置については利害を有しないところの地番の境界を当事者間の訴訟で確定しなければならぬ、しかもそこでは和解も許されず最後までやりぬかなければならないとすれば、それは耐え難いことであろう。それゆえ、そのような場合は地番の境界の具体的な位置は当事者間の訴訟による必要はなく登

記官庁に確定を求めることができるということに異議はないのではなからうか。そうであるならば現在所有権の範囲について争いがあるという場合であっても、取得時効の成立が認められるとすればその具体的な位置については利害を有しないところの地番の境界を当事者間の訴訟で確定しなければならぬとする理由はないはずである。あるいは、分筆・移転登記のための地番の境界の確定は当事者間の訴訟による必要はなく登記官庁に確定を求めることができるが、当事者間の訴訟によることもできるという考えもあるかもしれないが、登記官庁に確定を求めることができるのに訴えによるというのはまさに訴えの利益を欠くといわねばならないし、判決で確定した地番の境界の具体的な位置について当事者は利害を有しないのに上訴ができるのかとか、具体的な位置について利害を有しない当事者間で生じた判決に登記官庁は拘束されるのかということを考えれば大いに疑問である。それゆえ、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といふ適法説の論拠は正しくないと私は考える。所有権境界説に立つ花田判事が「公法上の土地境界との調整は登記手続の問題として残される。そのためには公法上の土地境界が明確でなければ困難が残るが、これを明確にするのは本来これを定めた国の責任であり、国が技術的革新によってこれを果たせば足りる。」と述べているのは、利害ではなく責任を問題としている点は異なるが、私見と同一に帰すものと思われる。このように適法説の論拠は正しくないとする以上、適法説と所有権境界説を結合した林屋教授の地番境界・所有権境界説も採れないのはいうまでもない。

三 私が第一章で行ったのは、通説を正当化するとすれば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からということによる以外にはない、ということを明らかにすることであったのであるが、このように所有権範囲紛争の抜本的な解決をはかるということによる通説の正当化にも私はとうてい賛

成することはできない。なお、不適法説から適法説に改説したと見られる畑判事はこのような適法説の論拠のほか、「瑣末な点かもしれないが、こうしておかないと」当事者間で甲番地の一部「の固定資産税の清算をするような場合にも不便を来すことになる。」と述べている。なるほどこの場合は確かに当事者の所有権の範囲を画しない地番の境界の具体的な位置について当事者は利害を有している。しかし、それは固定資産税の清算を求める訴訟において前提問題として地番の境界の位置を争えばよいのであって、訴訟上の和解も許されない地番の境界を確定する訴訟を認める理由とはなりえない。

四 以上の理由により私は所有権境界説が正しいと考える。なお、境界確定判決は第三者に効力の及ぼすかという問題があり、通説に立つ論者もこれについては十分には論じていないが、境界確定訴訟の法的性質とも関連してこれを肯定する者が多いようである。私はこの問題について本稿でまったく触れていないが、この問題も境界確定訴訟の対象たる境界は何かということを出発点として論じられるべきである。

五 花田判事は当事者の意思も所有権境界説の論拠にしている。そして境界確定訴訟の対象たる境界を地番の境界と解する通説・判例に対し、「仮に当事者が確定を求めるのは、私権対象の土地境界である旨を明示して訴えを提起したら、最高裁はどう判示するのであろうか。」と述べている。しかし、それでは逆に当事者が確定を求めるのは地番の境界である旨を明示して訴えを提起したらどうなるであろうか。その場合は花田判事の所有権境界説の他の論拠、すなわち地番の境界を確定する訴訟は所有権の範囲の争いの解決にとって役に立たないとか、公法上の境界は民事訴訟の対象にならないという論拠のみが妥当することになるが、その場合、地番の境界の確定を求めるという当事者の意思にもかかわらず所有権の境界について審理し判決すべきであろうか、それとも地番の境界の確定を求める訴えは許されないとして訴えを却下すべきであろうか。花田判事はこれについてふれて

いないが、私は前者は当事者処分主義に反するので後者が正しいと考える。

それゆえ、本稿で私が論じた境界確定訴訟の対象たる境界とは地番の境界かそれとも所有権の境界かという問題は、地番の境界の確定を求める訴訟は許されるか所有権の境界の確定を求める訴訟は許されるかという問題と、当事者の意思はいずれの境界の確定を求めるものと推定されるかという問題とに区別されるべきである。むしろこのふたつの問題は関連している。民事訴訟において解決されるに値する紛争は所有権の範囲の争いであり、その所有権の範囲の争いを法的に解決する所有権の境界の確定を求める訴訟は認められる。そして、そうである以上、当事者の所有権の範囲の争いを多くの場合事実上解決するにすぎない地番の境界を確定する訴訟は訴えの利益を欠くため許されない。そして、当事者、すなわち原告の意思としても所有権の範囲の争いを法的に解決する所有権の境界の確定を求める意思であると推定される、ということである。もっとも、このような意思の推測とということに対しては、訴訟物が何であるかは訴状受理の段階で明確にさせるべきであって推測すべきではないという批判が生じよう。確かに理論的にはそのとおりであるが、ほとんどの場合は、地番の境界と所有権の境界とは位置が一致するとは限らず一致しないこともあるということを認識していれば、原告の意思はそのうちの所有権の境界の確定を求めるにあるということができるであろうから、訴状に所有権の境界と明示しなければ訴状を受理しないというのはどうかと思う。地番の境界の確定を求めることが明らかの場合のみ訴えを却下すれば足りるのであって、そうでない限り所有権の境界の確定を求めるものと解して所有権の境界について審理し判決すべきである。その際、地番の境界の確定を求めることが明らかの場合とは、実務上散見されるように訴状に「○番地の宅地と×番地の畑の境界」の確定を求めるという記載してあるような場合はこれに当たらず、例えば被告は取得時効を主張しているがこれは境界確定とは関係がないということが訴状に記載されているような場合

に限られるのは当然である。なお、訴訟開始後、被告が取得時効の抗弁を提出したのに対し、原告が自分が確定を求めているのは地番の境界であり、それゆえ取得時効は関係がないと主張したような場合は問題だが、訴え提起の段階では地番の境界の確定を求めることが明らかでなかった以上、所有権の境界の確定を求める訴訟として審理し判決をしてよいと考えたい。それゆえ裁判所は被告にこれまでの審理を御破算にすたくなかったら所有権の境界の確定を求める反訴を提起せよと釈明する必要はない。

注

- (1) 小川健・前掲判批五八頁は、適法説と不適法説の対立につき、「確定の必要」という点についてみれば、登記手続上の必要の点など、「適法説」に分があると言わなければならないが、「利害関係」の点では、地番境界と併に所有権の境界も別に争われているときに(すなわち、地番の境界が権利の限界を画するという意味を必ずしも持たないときに)、地番境界がどこにあるかにつきどれ程当事者が真剣に争うか考えてみるならば、逆にここでは「不適法説」の主張の方が説得力がある。」と述べている。「確定の必要」という概念と「利害関係」という概念を用いているが、要するに当事者は地番の境界が確定されることには利害を有するが、地番の境界の具体的な位置については利害を有しないということであり、本文と同趣旨である。

- (2) 花田・前掲二二九頁、一三〇頁。
 (3) 前述第一一一款参照。
 (4) 奥村・前掲二〇〇頁は、この問題を他日の研究に待ちたいとしており、畑・前掲もこの問題についてふれていない。
 (5) 小川正澄・前掲一一四六頁、村松・前掲八一頁など。

(6) 花田・前掲二二八頁。

(7) 花田・二二九頁。宮川・前掲五三頁も同趣旨を述べている。