

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（三）

| | |
|-------|--|
| 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/20.500.12000/2167 |

境界確定訴訟の対象たる境界とは何か(三)

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 大正二〇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 昭和九年八月一〇日大審院判決

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）（以上本号）

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反応

第一款 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

第四節 第三期

第三期になると、地番境界説が通説・判例となる。まずは学説から見ていく。この時期になると境界確定訴訟をめぐる議論は多彩になるが、多くは判例評釈等においてふれておらず、本格的に論じたものは少ない。以下では特に重要であると考えられる論稿について掘り下げて分析してみることが、予め学説の全体的な流れを示せば次の通りである。

昭和三二年に発表された村松俊夫判事の「境界確定の訴について」というタイトルの論文は、境界確定訴訟は地番の境界を確定する訴訟であり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いう兼子博士等の唱えた説を支持し、これを通説たらしめるのに大きな役割を果たした。ただし、兼子博士が当事者の所有権の範囲の争いは境界確定訴訟とは無関係であるとして突き放したのに対し、村松判事は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たことが注目される。もっとも、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わけではなく、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前提に、その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したことには注意しなければならない。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は、兼子博士などの所説を当事者の所有権の範囲の争いを解決することができないとして批判した宮崎福二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前提に、そのような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のに対する反論であったという事情もあった。また、村松判事のこの論文の後に、小室直人

教授は通説を批判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あると論じたが、境界確定訴訟の対象は地番の境界であることを前提にしている点では、宮崎判事、村松判事と異ならなかった。小室教授のように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ながら境界確定訴訟を再構成する立場は少数説の中のひとつの流れとなった。

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り、この立場を明確に表明したのは昭和四五年の花田政道判事の論文であった。

一方、取得時効が成立する場合に境界を接する隣地所有者どおしという当事者適格を欠くとして訴えを却下すべきか否かで現在、通説内部で適法説と不適法説が対立しているが、村松判事の論文は不適法説を唱えるものであった。これはその場合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ことができないというのが理由であったといつてよい。これに対し、小川正澄判事は適法説を主張した。その理由は不適法説は理論的に貫しないということにあったが、二次的に、取得時効が成立する場合、地番の境界を確定することの実益も挙げた。それが後には、他の論者によってこの実益の方が適法説の主たる論拠とされるに至った。そして、最近、林屋礼二教授はそのような適法説と所有権境界説とを結合した考えを示している。学説の流れはだいたいこのように捉えることができると思う。

第一款 境界確定訴訟否定説

一 昭和三〇年に発表された宮崎福三判事の「経界確定訴訟の性質について」というタイトルの論文は境界確定

訴訟についての第三期における最初の論稿であり、その後の論争に大きな影響を及ぼした。宮崎判事は言う。「経界訴訟において当事者は各々自己の主張する経界線を固執し、寸土を争って執拗な闘争を展開するのが常であって、現在学者が説くが如き所有権の帰属や範囲に関する主張を含まない純粹の経界のみに関する訴訟というものがある。これが私に感じない感傷であり、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——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^{三〇}思う。」このように宮崎判事は境界確定訴訟自体を否定しており、判事の所説は境界確定訴訟否定説と呼ばれている。

ところで宮崎判事はなぜ「現在学者が説くがごとき」境界確定訴訟に対する批判から境界確定訴訟自体を否定したのであろうか。すなわち、なぜ、境界確定訴訟を合理的に再構成するということをしなかつたのであろうか。それは、「経界訴訟において当事者は各々自己の主張する経界線を固執し、寸土を争って執拗な闘争を展開するのが常であって、現在学者が説くが如き所有権の帰属や範囲に関する主張を含まない純粹の経界のみに関する訴訟というものがある。これが私に感じない感傷であり」、すなわち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り、その争いの解決は「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」、すなわち係争地の所有権確認訴訟によればよいと考えたためである。宮崎判事は「現在学者が説くがごとき」境界確定訴訟に対しいくつかの批判を加えているが、係争地の所有権確認訴訟によればよいと考える以上、境界確定訴訟を合理的に再構成する必要はないので、境界確定訴訟を合理的に再構成することができるか、またどのように再構成すべきかという発想に至らなかつたのも当然であらう。

た。それで境界確定訴訟の対象についても宮崎判事は、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そのような境界確定訴訟を否定しているといつてよい。

二 それもそれとして、宮崎判事は「現在学者が説くがごとき」境界確定訴訟に対しどのように批判したのであろうか。判事は、境界確定訴訟の性質について「現在有力な学説」として兼子博士や中田淳一博士²⁾の形式的形成訴訟説¹⁾非訟事件説を挙げ、これに対し、(1)前述の「所有権の帰属や範囲に関する主張を含まない純粹の境界のみに関する訴訟」は實際上ありえないという批判のほか、次のように批判した。(2)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。もっとも管轄に関する規定がなくなったことからただちに境界確定訴訟を否定すべきであるとの結論を導くのは危険であるとも考えられ、結局非訟事件説の主張するような境界確定訴訟を存続する實際的需要があるかどうかにかかっている。³⁾(3)非訟事件説によれば証拠によって境界を確定できない場合には衡平の見地からの裁量によって境界線を確定することになろうが法規上の根拠なくしてこのようなことが可能か疑いなきを得ない。⁴⁾(4)非訟事件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ずる。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ふ形態だとすれば請求の趣旨がどの地域の帰属の確認を求めると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、当事者の真意に添わない嫌いがある。⁵⁾

三 さて、宮崎判事は以上の批判を「非訟事件説」に対し加えている。なるほど、右の(2)は境界確定訴訟の

法的性質についてのいわゆる非訟理論は実定法上の根拠を欠くという批判であり、(3)は非訟理論のうち境界確定に関する非訟理論は実定法上の根拠を欠くという批判であり、(4)は非訟理論のうち請求に関する非訟理論は所有権確認訴訟との併合において不都合を生ずるといふ批判であるので、これらは非訟事件説に対する批判といふことができる。これに対し(1)は境界確定訴訟の対象にかかわった批判である。ところが(1)も非訟事件説に対する批判としたのは、境界確定訴訟の法的性質の問題と境界確定訴訟の対象の問題が明確に区別されていないことを意味する。官崎判事もこれらの問題を明確に区別しないという学説の傾向から免れていないといふことである。このことも官崎判事が境界確定訴訟、とりわけその対象についての再構成に思い至らなかった原因であったといえるのかも知れない。また判事の論文のどこにも第二期の吾妻博士の判例評釈は引用されていない。これは、判事自身が述べているように、「文献に恵まれない環境にある」⁽⁵⁾ためその存在を知らなかったためであろう。もし、判事が吾妻博士の判例評釈を参照しておれば別の議論になつたかも知れない。しかし、それでもやはり、係争地の所有権確認訴訟によればよいという考えが境界確定訴訟の再構成に思い至らなかった最大の原因であったと私は考える。

四 なお、境界確定訴訟の法的性質に関するが、官崎判事は、(2)において、管轄に関する規定がなくなったことからただちに境界確定訴訟を否定すべきであるとの結論を導くのは危険であるとも考えられ、結局非訟事件説の主張するような境界確定訴訟を存続する実際的な必要があるかどうかにかかっている、と述べているにもかかわらず、(3)では証拠によって境界を確定できない場合に衡平の見地からの裁量によって境界線を確定することの実際的な必要があるか否かを問うことなく、法規上の根拠なくしてこのようなことが可能か疑いなきを得ないと論じたことは矛盾していることに注意すべきである。

注

(1) 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(昭和三〇年)一頁以下(一頁)。

(2) 宮崎判事は中田淳一「訴訟上の請求」民事訴訟法講座一卷一七六頁を引用している。中田博士はこの論文で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が、境界確定訴訟の対象についてはふれていない。中田・判批・法学論叢四四卷六号九七八頁以下(九八一頁)は、「この訴訟では当事者間における土地所有権の存否(帰属)又は範囲の主張が問題ではない」と述べているが、これが地番境界説に立つものか、それとも所有権関連否定説にとどまるものかは不明である。

(3) 宮崎・二頁。

(4) 宮崎・三頁。

(5) 宮崎・三頁、四頁。

(6) 宮崎・一頁。

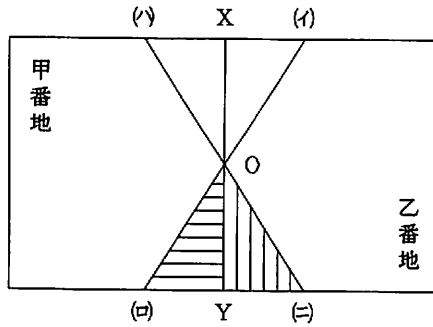
第二款 地番境界説(村松説)

一 昭和三二年二月二八日の最高裁判決⁵⁾は境界は相隣者間の合意により変更処分できないと判示した。その判例評釈において北村良一最高裁判所調査管は取得時効により境界は移動しないとした兼子博士を引用して、合意も同断であるとしてこれを支持した³⁾。このように兼子博士の所説は宮崎判事による批判はあったものの、判例・学説に強く作用した。ところで昭和三二年に発表された村松俊夫判事の「境界確定の訴について」というタイト

ルの論文は官崎判事の批判に答えて境界確定訴訟の必要を詳論したが、その境界確定訴訟とは兼子博士のいうような地番の境界を非訟的に確定する訴訟であり、それゆえこの論文は兼子博士などの所説を結果において支持するものであった。結果においてとはどういう意味かということ、なるほど村松判事は境界確定訴訟は「明治初年に設定された地番の境界を、現地においてどこに存するかということを設定することにその本質があり」、地番の境界は「公法上のものであり」、^⑤「関係当事者の合意でも左右できない」として、兼子博士などの地番境界説を更に敷衍しているが、境界確定訴訟と当事者の所有権の範囲につき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関係として突き放したのに対し、村松判事は（あ）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のみならず、（い）係争地の所有権確認訴訟以上に紛争解決機能を有する、として、当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から兼子博士などの言う境界確定訴訟を正当化したからである。村松判事は官崎判事の境界確定訴訟否定説の理由の主なもの「当事者の意思と主張は、境界線のみを定めてほしいもの」とは考えられなくて、実際にはその係争地域が自己の所有の土地であることの確定を求めているのである」としたうえで、「確かに当事者の真意がその主張のようなものではあることは否定できないが、当事者の真意がそれのみであるかという点については疑問なきを得ない」と述べている。しかし、なぜ「当事者の真意がそれのみであるか」という点については疑問なきを得ないのかについて村松判事は一言も触れておらず、このようにもっぱら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の必要を説いたのである。以下、詳しく見てみよう。

二 まず、（あ）であるが、判事はこの点の説明を境界確定訴訟においては裁判所は当事者の主張する線を越えて境界を確定することができるということの正当化と同時に行っている。判事は言う。「図のように、原告Aが

第 6 図



その所有の甲番地と被告B所有の乙番地の境界が(ハ)O(ロ)線なりと主張し、被告Bが甲乙両地の境界は(イ)O(ニ)線だと主張した場合に、裁判所はその境界線はXOY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。甲地と乙地との境界がXOY線だと定められたことは形成の効果として第三者も承認しなくてはならないが、原告A所有の甲土地の所有権の範囲がXOY線までであるということ、及び被告B所有の乙土地の所有権の範囲がXOY線までであるということには、当然ならないし、その点についての既判力は生じないのである。しかしながら、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には、右のように両地の境界線が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は所有権は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、立証の関係をそれほとんど不可能に近いことであろう。このことが、境界確定の訴を否定する者からは、余りにも無視ないしは軽視されているのではないかと思う。殊に甲地と乙地との境界線というものは、公法上のも

のであって、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から、——上記説例の、甲番地が原告Aの所有、乙番地が被告Bの所有であることが争のない場合には、具体的な係争地の確認を求めるとも、境界確定の訴のほうに法律上は直接的な権利保護の方法として考えられる。その係争地の所有権確認の訴というものは、後に説明するように、境界確定の訴以外に存在価値があると考えられるが、右のように、甲番地の土地と乙番地の土地が当事者間に争なく、両地の境界が確定すれば紛争は止むというような場合には、そういうものが境界に関する紛争については相当多いと思うが、境界線のみを定める境界確定の訴によるのが常道であり、このような場合には、この訴によらないで、直ちに所有権の確認の訴を起せば、かえって次に述べるような不利益を受けることになる。³⁾」

このうち、境界確定訴訟においては裁判所は当事者の主張する線を越えて境界を確定することができるといふことは私の整理によるところの請求に関する非訟理論を認めるべきかということであるので、ここでは触れない。境界確定訴訟の対象の問題について言えば、判事は境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であり、また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つつも、その地番の境界と当事者の所有権の範囲との間のある関係を理由にして境界確定訴訟により所有権の範囲の争いを解決することができる⁴⁾と論じている。そのある関係とは、「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には、右のような両地の境界線がXOY線であると境界確定の訴えて定められると、(i)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、(ii)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は所有権は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、立証の関係でそれはほとんど不可能に近いことであろう。」ということである。しかし、このように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としても、それだけでは係争地の所有権確認訴訟のほか境界確定訴訟を認める必要はないという官崎判事の批判に十分に答えたことにはならず、境界確定訴訟を認めるより積極的な必要がなければならぬ。それが次の(い)である。

三 次に、(い)であるが、村松判事は言う。「境界に関する紛争についての訴訟では、その多くは境界線がなかなか分からないというのが、実務家の多くの者が、多くの訴訟について抱く率直な感じだと思ふ。———そのような場合に、所有権の訴を起したとすれば、裁判所は当事者の主張する所有権の範囲が当事者の主張のとおりであるとの確信を持つことは非常に困難なものはあるまいか。普通の事件と同じ程度の証明を要求するとすれば、おそらくは、現在境界確定の訴によって決められている線よりも相当原告に不利な線で決められることが多いのではあるまいか。確実な立証ができれば、裁判所は立証責任の原則によって事件を解決して、確信を得た範囲内でのみ原告を勝訴せしめるほかはないから、右のような結果にならざるをえないのである。その場合、いずれの土地か不明との理由で原告の敗訴した範囲の土地は、理論的には当然に被告の所有土地にはならないが、原告は被告に対しては、自己の所有土地であるとの主張ができなくなるから、被告がその所有土地のように使用収益をしていても、苦情を言えなくなり、実質的には被告の所有であると同じような反射的な効果を生ずる。もし、当事者が境界確定の訴を先に起こして、まず境界線を定めてもらった後に、所有権の確認の訴を起したとすれば、その訴を起す利益があるかどうかは別として、多くの場合おそらくは、直ちに所有権確認の訴を起す場合よりも有利な判決を受けることになる。」^⑩

このように、村松判事は境界確定訴訟においては境界を証拠によって認定できない場合に証明責任による解決ではなしに裁量により境界を確定することができるため、所有権確認訴訟よりも原告に有利であり、それゆえ所

有権確認訴訟とは別に境界確定訴訟を認める必要があると論じたのである。しかし、境界確定訴訟では原告に有利、逆に言えば所有権確認訴訟では原告に不利ということにつき、後の昭和四四年の論文¹¹ではやや趣を異にしている。そこでは次のように延べている。「一方の当事者が提起した境界確定の訴で敗訴しても、その係争地について他方の当事者に所有権があることを当然には確定することにはならないから、他方の当事者がこの訴を提起すると、この訴もまた立証責任の原則によって敗訴することになる。そうなるとその係争地の所有権の帰属ということが永久に決まらないことになるし、それでは社会の秩序が保たれなくなる。」（傍線—玉城）。境界確定の訴えとあるのは所有権確認の訴えの誤りであることは明らかである。さて、ここでは境界を証拠によって認定できない場合、所有権確認訴訟では所有権の範囲の争いが解決できないというのであって、所有権確認訴訟は原告に不利であるというようなことは言っていない。昭和三年の論文で所有権確認訴訟では原告に不利であったのはいずれの土地か不明との理由で原告の敗訴した範囲の土地を被告が占有している場合を念頭に置いたためであって、反対に原告が占有している場合には原告が有利ということになるはずである。それゆえ所有権確認訴訟では原告に不利とは必ずしも言えないのであり、昭和四四年の論文でこれに触れていないということは原告に不利という議論を撤回する趣旨であろうと思われる。それゆえ、村松判事は所有権確認訴訟は原告に不利であるということではなしに所有権確認訴訟では所有権の範囲の争いが解決できないことがあるということによって境界確定訴訟の必要性を説いたと理解すべきである。

四 以上を要約すれば、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」、¹²「両地の境界線がXY線であると境界確定の訴で定められると、(1)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、(2)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は所有権は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実際上は、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、と論じたのである。

このように、村松判事は、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、兼子博士などの言う境界確定訴訟を正当化したのである。等しく境界確定訴訟は地番の境界を確定する訴訟であるとするのであっても、兼子博士のように境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲とは無関係として突き放すのと、村松判事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境界確定訴訟を正当化するのではかなり異なる。村松判事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ことを認めているということが出来る。

五 ところで、右のAは「原告Aが甲土地の所有者であり、被告Bが乙土地の所有者の場合」について境界確定訴訟は実際上、当事者の所有権の範囲の争いを解決するということにより境界確定訴訟を正当化するのであるが、それでは「原告Aが甲土地の所有者であり、被告Bが乙土地の所有者」でない場合はどうなるのであるか。その場合は境界確定訴訟は実際上、当事者の所有権の範囲の争いを解決することはできないので、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判事の立場では境界確定訴訟を正当化することはできないことになるはずである。実は、判事はその場合は境界確定訴訟は認められないとしているのである。このことは、取得時効により境界は移動するとした昭和九年の大審院判決についての判事の対応により明らかになる。判事は言う。「右のような場合には、甲地と乙地との境界線は原告Aの所有地の中に入ってしまい、

被告Bは境界を接する隣地の所有者ではなく、原告Aの境界確定の訴えは、当事者適格の点から維持できなくなるわけである。」このように、村松判事は地番境界説の中のいわゆる不適法説をとる。不適法説をとる理由、すなわち境界を接する隣地の所有者ということを経界確定訴訟の当事者適格として要求する理由について判事は触れていないが、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判事の立場からして、境界を接する隣地の所有者ではない場合は境界確定訴訟を正当化することができないと考えたためであることは間違いない。このように、村松判事は、当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から兼子博士などの境界確定訴訟を正当化したといっても、まさにこの観点のゆえに兼子博士とは異なりいわゆる不適法説をとったのである。村松判事は取得時効の場合についてこのように不適法説を唱えているが、境界の合意により地番の境界の位置と所有権の境界の位置の不一致が生じた場合も当事者の一方は「境界を接する隣地の所有者ではなく、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」でない場合は境界確定訴訟は不適法だとすると、当事者はどうすればよいのだろうか。判事は「――当事者適格の点から維持できなくなるわけである。」という文章に続けて、「したがって、この場合には、原告Aはその時効取得した土地について被告に対し所有権確認の訴えに変更しなければならないし、それで、原告の権利は十分に保護されるわけである。」と述べている。このように判事は「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」でない場合は

所有権確認訴訟によるべしとするのである。ちなみに、所有権確認訴訟に変更すれば「原告の権利は十分に保護される」と述べているところにも、判事が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ことを認めていることがよく表れている。

以上、村松判事は、「原告Aが、甲土地の所有権であり、被告Bが乙土地の所有権者の場合」はイの点で境界確定訴訟によるのがよく、「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」でない場合は境界確定訴訟によることはできず所有権確認訴訟によらなければならぬとする。村松判事は主として宮崎判事の批判に答えて境界確定訴訟の必要を説いたのであるが、宮崎判事が常に所有権確認訴訟によるべきで境界確定訴訟は認められないとしたのに対し、このように「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」は境界確定訴訟を認めるべきであるとしたのであって、常に境界確定訴訟を認めるべきであるとしたのではないのである。

七さて、村松判事の所説は宮崎判事の所説より優れた面があることは明らかである。アについていえば、なるほど、宮崎判事が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の観点から「非訟事件説」を批判した時、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ないので境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の争いの解決にとって全く役に立たないという理解が前提になっていたと思われる。そこで村松判事は「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」、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ということにより境界確定訴訟の必要を説明し、宮崎判事に反論したのであり、これはだいたいのところ正当である。また、イについていえば、宮崎判事は証拠によって境界を認定できない場合に衡平の見地からの裁量によって境界線を確定することが法規上の根拠なくして可能か疑いなきを得ないと論じ

たほどであるから、係争地の所有権確認訴訟では当事者は自己の所有権の範囲につき証明責任を負うとすることは明らかであり、それゆえ村松判事の指摘するように係争地の所有権確認訴訟ではかえって当事者の所有権の範囲の争いを解決することができないことも生じうることになる。前述のように宮崎判事は、非訟事件説によれば証拠によって境界を認定できない場合には衡平の見地からの裁量によって境界線を確定することになるが法規上の根拠なくしてこのようなことが可能か疑いなきを得ないとしたが、それは判事自身、管轄に関する規定がなくなったことからただちに境界確定訴訟を否定すべきであるとの結論を導くのは危険であるとも考えられ、結局非訟事件説の主張するような境界確定訴訟を存続する実務的必要があるかどうかにかかっている、と述べていることと矛盾していた。村松判事が宮崎判事のこの矛盾に気づいたか否かは明らかでないが、村松判事が管轄規定がなくなったことから現在はこの訴えが認められないという考えは余り強い根拠があるとは思われない、問題はこの訴えを認める必要があるからである、としてイを主張したことはまさにこの矛盾をつくという結果になった。

八 このように村松判事の所説には優れた面がある。しかし、他方では弱点もある。それは、村松判事の所説は「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」か「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」ではない場合かで境界確定の訴えと所有権確認の訴えを適宜に使い分けるべきであるとするようになるが、「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」か「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」ではない場合かは訴訟の結果あきらかになることであるので、このような適宜の使い分けということは当事者にとって常に可能とは限らないことである。例えば、

① 判事の挙げる取得時効の場合も、所有権確認の訴えに変更したところ裁判所は取得時効の成立を認めないと

いうことがありうる。そうなると、所有権確認訴訟であるので証拠により境界が明らかとなっていないとして証明責任により所有権の範囲が定められることがありうる。② また反対に、境界確定訴訟において被告が取得時効を主張したが、原告はそれを争い訴えの変更をせずに境界確定の訴えを維持したところ、裁判所は取得時効の成立を認め境界確定の訴えを当事者適格を欠くとして却下するということも考えられる。このうち、宮崎判事の所説に対する関係で弱点ということになるのは②のみであるが、所有権の範囲の争いを十分に解決することを強調する村松判事の立場からすれば①もやはり弱点といわねばならない。もっとも、村松判事は境界確定の訴えと所有権確認の訴えの併合が可能であることを認めているので、このような事態を避けるためには訴えの併合によればよいとはいえる。しかし、使い分けにせよ訴えの併合にせよ当事者によってなされなければならず、当事者がそれをしない場合には不都合が生じるのは避けられない。そもそも、なぜひとつの訴訟で所有権の範囲の争いを十分に解決することができないのかが問題であろう。

九 同様のことは訴訟上の和解についての判事の見解についてもいえる。同じ年に発表された「付論 境界確定の訴」というタイトルの論文¹⁶⁾において、判事は、「境界確定の訴は、地番と地番の境界を定めるもので、当事者の任意の処分が許されないものであるから、理論的には和解ができない¹⁷⁾」が、「当事者は境界線そのものの確定を求めているようであっても、自己の所有土地の範囲の確認を求めている気持ちがあることは否定できない。自己の所有土地の範囲がどこまでであるかということについては、当事者は処分の自由を有しているから、その点については、和解をなすことはできるのである。」「この場合に、境界確定の請求については和解してはいないが、その点については、原告が請求を放棄して、訴訟物以外の土地所有権の範囲について和解したと理解すべきである。」「とのべている。しかし、宮崎判事の所説ではこのように訴訟物以外の権利関係についての和解という構成

は必要ないのである。

一〇 このような問題が生じるのは境界確定訴訟の対象たる境界を地番の境界と解するためである。なるほど、官崎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前提に、当事者の真の紛争は所有権の範囲の争いであるから係争地の所有権確認訴訟のほかにそのような境界確定訴訟を認める必要はないと批判したのに対し、村松判事が右のアイによりそのような地番の境界を確定する訴訟を認める必要があると論じたことはよく理解できる。しかし、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村松判事の立場からすれば、むしろ境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界とすべきであったのであり、そうすればこのような問題も生じなかったのである。それではなぜ村松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として解したのであろうか。しかし、村松判事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のではなく、地番の境界であることを前提に議論しているにすぎない。その点、兼子博士と同じである。しかし、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲とは無関係として突き放す兼子博士とは異なり、村松判事の立場から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ことに疑問を感じてもよかつたはずである。実は村松判事は次に述べるようにこのような疑問を幾分は感じていたのである。

一一 「付論 境界確定の訴え」において、村松判事は取得時効により境界は移動するとして昭和九年の大審院判決について再論している。前節で述べたように、この判決が取得時効により地番の境界は移動しないが所有権の境界は移動する、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も移動するとするのかは明らかではなく、そのため、吉川博士はそのいずれに対しても批判を加えたが、兼子博士は後者と解してこれを批判したに過ぎなかった。村松判事が吉川博士の判例評釈を参照したか

否かは明らかでないが、ともかく「境界確定の訴について」では兼子博士に従い、ただ取得時効が成立するならば境界を接する隣地所有者という境界確定訴訟の当事者適格を欠くとした。ところが、「付論 境界確定の訴え」では、次のように述べている。「係争地の取得時効により境界線が移動するとした判決なれば、それは甚だおかしいことで、あり得ないことをありとした判決であることになる(兼子・判例民事法二六事件)。しかしながら、この判決をそう読むのは誤りで、私もそう読んでいたが、原告が取得時効によって取得した乙地の一部と、被告所有の乙地との境界線を定める訴に変更されたものと読むのが、正しい読み方であると思う。元来境界確定の訴は地番と地番との境界線を定める訴であるといわれている。したがって、一筆の土地の一部の所有権が甲に、一部の所有権が乙に属していて、同一地番内の所有権の境界について争いがあるときに、境界確定の訴は起こせないで、係争地についての土地所有権の確認の訴を起させるのみであるということになる。しかしながら、このような場合にも境界確定の訴が許されるとすれば、上記判例の結論は正しいことになる。したがって、上記判例の是非は、境界線が動くか動かないかにあるのではなく、同一地番内の所有地の境界について紛争がある場合に、地番の境界に争いがある場合と同じく、あるいはその場合に準じて、境界確定の訴を認めることができるかどうかにあるのである。私は、一応通説の立場を正しいと考えているが、さらに、右判決の取っている根本的立場についても考えてみたいと思²⁰⁾っている。」このように村松判事はここでは本判決は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に変更されたものとしたと見るに至り、それにより本判決に幾分理解を示したのである。そして、「同一地番内の所有地の境界」の確定を求める訴えが認められるかどうか考えてみたいと述べていることは、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ことに幾分疑問を感じていることを意味する。

一一一しかし、判事にあつてはこの疑問は展開されることなく、後の昭和四四年の論文ではこれについてまったく触れずに最初の論文での議論に戻っている。それゆえ、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構成についてここで採りあげて論じることがあまり意味がないことになるかのであるが、一時的にせよ村松判事がこのような構成に幾分理解を示したことは興味深いことであるし、またなぜ判事が境界確定訴訟の対象たる境界を所有権の境界とする考えではなしにこのような構成に思い至ったかということは判事の所説を評価するうえでひとつの重要なポイントをなすと思われるので、ここで触れておこう。

この構成は実はどこに境界を確定すべきかという問題に関する限り境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界とするのとまったく異ならない。判事は、「原告が取得時効によって取得した乙地の一部と、被告所有の乙地との境界線を定める訴に変更されたものと読むのが、正しい読み方であると思う。」と述べているが、それは原告が取得時効を主張しただけではなく、その主張が審理の結果、裁判所に認められた場合にそのような訴の変更があつたものと見るといふことであろう。それゆえ、原告が取得時効を主張しなかったり、主張してもその主張が審理の結果、裁判所に認められなかった場合は、地番の境界を確定すべきことになる。一方、所有権境界説によつても、取得時効についていえば、当事者が取得時効を主張し、その主張が審理の結果、裁判所に認められた場合はその位置において境界を確定すべきであるが、当事者が取得時効を主張しなかったり、主張してもその主張が審理の結果、裁判所に認められなかった場合は、所有権の境界の位置は地番の境界の位置と一致するものとして地番の境界の位置において境界を確定すべきであり、右とまったく同じである。このように村松判事が幾分理解を示した構成はどこに境界を確定すべきかという問題に関する限り所有権境界説と異ならないのであり、

所有権境界説にかなり接近した説であるといふことができる。

しかし、村松判事は結局「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説を採らず、地番境界説にとどまった。そもそも昭和九年の大審院判決は「両地所有権の接触部分即境界線ハ従前ノ線ト異ル場所ニ移動シタルモノ」と言っているのであって訴えの変更とは言っていないのであるから、この判決を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に変更されたものとしたと見ることに無理があるのであるが、この判決とは無関係にこの説を見ても無理な構成といわざるをえない。なぜなら、それは原告が取得時効を主張しただけではなく、その主張が審理の結果、裁判所に認められた場合に訴の変更、しかも正規の手続きなしのそれがあったものと見るものであるからである。それにこの構成は原告が取得時効を主張する場合はよいが、被告が取得時効を主張する場合（実は昭和九年の大審院判決の事案はこの場合である。）は用いることができないと思われる。

このようにこの構成はそもそも無理であったのであるが、一時的にせよ村松判事がこのような所有権境界説にかなり接近した構成に幾分理解を示したことは、判事が当事者の所有権の範囲の争いの解決ということを重視していることの表れであるといふべきである。しかし他方ではそのように当事者の所有権の範囲の争いの解決ということを重視するにもかかわらず、判事は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ようにやは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議論の出発点としているのであり、そもそも境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界なのか所有権の境界なのかという問題に直面していないことがかえって目立つといふべきである。村松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出発点としながら、所有権確認訴訟との適宜の使い分けや訴訟物以外の権利関係についての和解とい

うことにより当事者の所有権の範囲の争いの解決を重視する解釈を採り、さらには「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構成により昭和九年の大審院判決を肯定すべきか否かを検討しようとしたのである。このように村松判事がそもそも境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界なのか所有権の境界なのかという問題に直面せ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出発点とした原因はおそらく訴状の請求の趣旨の記載の仕方²⁸と、兼子博士の判例評釈の影響である。しかし、また同時に次のこともその原因になったと思われる。

一三 前述のAは「原告Aが甲土地の所有者であり、被告Bが乙土地の所有者の場合」、「両地の境界線がXOY線であると境界確定の訴えで定められると、(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、(ロ)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は所有権は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」というものであった。しかし、地番の境界を確定する判決は当事者の所有権の範囲については既判力を生じないが地番の境界については既判力（ないしは形成力）を生じるのは当然であり、今の場合、地番の境界はXOY線であることについて既判力が生じているのであるから、「(イ)OXの土地は、もともと甲地に属していた」とか「(ロ)OXの土地は、もともと乙地に属していた」と主張することはまさにこれに反することになり、このような理由により当該部分の所有権を主張することは、「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」のではなく、理論的にも不可能なのである。このことはなにも「原告Aが甲土地の所有権であり、被告Bが乙土地の所有権者の場合」に限らない。ただ「原告Aが甲土地の所有者であり、被告Bが乙土地の所有権者」でない場合は、その「原告Aが甲土地の所有者であり被告Bが乙土地の所有権者」

でない原因、すなわち地番の境界の位置と所有権者の境界の位置の不一致の原因であるところの取得時効や境界の合意により、確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいることを主張することができる。これに対し、「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」とはまさにこのような不一致の原因が存しないということであるから、確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいることを主張することはできない。

以上のことをより正確にいうならば、確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいるというために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を持ち出さなければならぬのであって、それをするこゝとなく確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいると主張することは理論的に不可能であり単に「立証の關係でそれはほとんど不可能に近い」のではない、そして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を主張・立証した場合が「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」でない場合ということになるのである。地番とはもともと各自の所有地に付された番号であるから、地番の境界の位置と所有権の境界の位置は偶然に一致したり一致しなかったりするのではなく、特に不一致の原因がない限り一致するものだからである。²⁸⁾

一四 右に述べたことと、不適法説の立場において境界確定訴訟の裁判所が当該の事件が「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」に当たると判断して境界確定の本案判決をしたとしてもその訴訟要件具備の判断は理由中の判断に過ぎず既判力は生じないので、後の所有権確認訴訟などで事件は「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」ではない場合であるとして、すなわち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を主張して確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいること

を主張することができるということとを混同してはならない。前節で見たように、吉川博士は「取得時効の抗弁が、占有の事実なしとの理由で排斥せられ、一定の線を以って経界線とする旨の判決が確定せられたならば当事者の所有権の範囲も一応決定せられるけれども、この点につきましては既判力を有たないから上告人は後日かかる経界線より一定区域に至る迄の土地に付き再び取得時効を原因として所有権の確認訴訟を提起し得べく、この勝訴の判決確定せば、経界確定判決の間接的效果として一応決定された所有権の範囲はこゝに確定的に変更を受ける事になるのである。」と述べているが、それはこのような趣旨であり、決して村松判事のように「(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」というような主張が理論的に可能であるとするものではないのである。かえって取得時効の主張に成功することにより「経界確定判決の間接的效果として一応決定された所有権の範囲」が変更を受けるところからして、取得時効のような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を持ち出さない限り確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいると主張することは理論的に不可能であることを前提にしていると思われる。

また、適法説と同じ結果になる兼子博士が「本件で取得時効の抗弁を無視して経界を定めた原審判決の方が正当であり、Yに於て時効取得に基づき経界を越えて所有権を主張せんとすれば、別に（あるいは反訴に依り）之に付て所有権の確認を求むべきである。」と述べているのは境界確定判決により確定した境界を越えて所有権を主張するためには取得時効のような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を持ち出さなければならぬという意味を含んでいるかは明らかでないが、少なくとも兼子博士は村松判事のように「(イ)OXの土地は、もともと甲地に属してしたのであるから、依然として原告Aの所有地である」というような主張が理論的に可能であるとは明言していない。

もっとも第一期の所有権関連否定説は、第1図の場合、すなわち「原告Aが甲土地の所有者であり、被告Bが乙土地の所有者の場合」のみを念頭に置きながらも境界確定判決は所有権の範囲につき既判力を生じないとした。⁽⁸⁾これは「(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」というような主張が理論的に可能であるとも言わなければならないことになり、無理な強弁であるが、それでもこの説も「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れる」とし、これは「立証線の形式に必然伴うべき間接の結果」としたのであって、確定した境界を越えて所有権を主張することは「立証の関係でそれはほとんど不可能に近い」とするにとどまるものではなかった。

一五 「(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」というような主張が「理論的には可能であるが、実際には、立証の関係でそれはほとんど不可能に近い」としたことは、村松判事にはそもそも「原告Aが甲土地の所有者であり、被告Bが乙土地の所有者の場合」とは地番の位置と所有権の境界の位置が一致する場合であるということの認識が十分ではなかったことを意味する。そのために、昭和九年の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したものと見ることができず、地番の境界の確定を求める訴えから「同一地番内の所有地の境界」の確定を求める訴えへの当然の変更を認めたものと見たのである。このように地番の境界と所有権の境界の関係について判事の理解が十分でなかったこと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という問題に直面するに至らなかつた原因のひとつであったと思われる。

一六 なお、村松判事は触れていないが、訴訟要件具備の判断は理由中の判断に過ぎず既判力は生じないという一般的な理解を前提にする限り、不適法説の立場において境界確定訴訟の裁判所が当該の事件が「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」に当たると判断して境界確定の本案判決をしたとしても、後の所有権確認訴訟などで事件は「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」ではない場合であるとして、すなわち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を主張して確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいることを主張することができることになる。このことも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判事にとって弱点といえよう。

一七 それにしても、通説の代表者と目されている村松判事が当事者の所有権の範囲の争いの解決という観点から兼子博士などの言う境界確定訴訟を正当化したということはおおいに注目すべきである。その後、何名かの論者が村松判事に倣って境界確定訴訟は「公法上の」境界を確定する訴訟であると論じた^註。しかし、いずれの論者も村松判事と同様、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そのように論じたのではなく、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のであった。このようにして地番境界説は通説になった。正確に言えば地番境界当然視が普及した。

注

(1) 民集一〇卷二二号一六三九頁。

(2) 北村良一・判批・最高裁判例解説昭和三一年度民事篇(昭和三二年)二三九頁以下(二四二頁)。

(3) 村松俊夫「境界確定の訴について」法曹時報九卷三三号(昭和三二年)一頁以下。後にこの論文は以後の論文とともに村松・境界確定の訴(昭和四七年)に納められた。以下では、村松・境界確定の訴(増補版)(昭和五二年)により引用する。

- (4) 本松・二二頁。
- (5) 村松・一三頁。
- (6) 村松・一三頁。
- (7) 村松・九頁。
- (8) 村松・一〇頁。
- (9) 村松・一二頁、一三頁。
- (10) 村松・一三頁、一四頁。
- (11) 村松「訴訟からみた境界確定の訴(上)(下)」法曹時報二卷二二号(昭和四四年)一頁以下、二三卷一号(昭和四五年)五頁以下。村松・境界確定の訴(増補版)により引用する。
- (12) 村松・七〇頁。
- (13) 村松・二八頁。
- (14) 村松・二八頁。
- (15) 村松・一六頁。
- (16) 村松「付論 境界確定の訴」法律時報二九卷二二号(昭和三年)六〇頁以下。村松・境界確定の訴(増補版)により引用する。
- (17) 村松・三六頁。
- (18) 村松・三六頁。
- (19) 村松・三七頁。

- (20) 村松・三八頁、三九頁。
- (21) 村松・一三〇頁。
- (22) 本橋(二)・琉大法学四六号一頁、一二頁参照。
- (23) 本橋(一)・琉大法学四五号一〇七頁、一〇八頁参照。
- (24) 本橋(二)・琉大法学四六号二八頁。
- (25) 本橋(二)・琉大法学四六号三一頁。
- (26) 本橋(一)・琉大法学四五号一一六頁以下参照。
- (27) 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(昭和三八年)三二六頁以下、矢代利則・判批・民事研修二三号(昭和三四年)三七頁以下、上田徹一郎・判批・民商法雜誌四九卷一号(昭和三八年)一一五頁以下、田中永司・判批・法曹時報一五卷一二号(昭和三八年)一四〇頁以下、花村治郎・判批・法学二八卷四号二二八頁以下、瀬戸正二・判批・法曹時報二〇卷五号(昭和四三年)一三五頁以下など。

第三款 地番境界説(小川説)

一 取得時効や境界の合意により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に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として訴えを却下すべきにつき、現在の通説の内部で不適法説と適法説が対立している。村松判事は不適法説をとることはすでに見たとおりであるが、これに対し小川正澄判事は適法説を唱えた。第二期の兼子博士は「取得時効の抗弁を無視して経界を定めた原審判決の方が正当

であり」としたが、これは適法か不適法かと言う問題を認識して適法であるとしたものとは断定できなかった。^①しかし小川判事にあつては境界確定訴訟の当事者は「現実の土地の所有権の有無に関係なく、——登記簿その他の公簿上所有者等とされている者でなくてはならないし、またそれで足る」として明確に適法説が主張されている。^②

判事が適法説の論拠として論じていることを整理すれば次のアからエまでの五点に整理することができると思う。ア 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、それこそ経界確定訴訟の目的ではなかったのだろうか。経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属を問題にしなければならないのであるか。——————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。^③イ 不適法説は具体的な所有権の存否にこだわるが、それは境界確定訴訟が「実質非訟事件であることを等閑視して、民事訴訟性をその実質のうえにまで混淆することになりはしないか」^④。ウ 「経界確定訴訟と所有権確認訴訟との併合をほとんど無制限に許している実務の取扱いに誤りがないとすれば、裁判所に甲地番と乙地番との経界が判明しているのに、原告Aがイロ線まで時効取得し実質的に所有権を有しているからといって、被告Bが経界を接する隣地の所有者でないとして、当事者適格の欠格の故をもって、訴を不適法として却下する必要があるのだろうか。——————如何にも訴訟経済に反するように思われる。」エ 取得時効が成立する場合に「地番相互の経界を定める実益も皆無とはいえないのではないか（例えば、将来、登記をする場合、地番と地番の経界

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。」オ (形式的) 形成訴訟において法が明定していない場合はその訴訟の目的から見て最も密接な利害関係を有する者を当事者とすべきである。それで、境界確定訴訟は土地所有権の境界ではなく地番の境界を定めるものであるので、地番の境界につき最も密接な利害関係を有する者を当事者としなければならない。そうすると、地番によって特定されている土地は登記簿によって表示されているのだから、具体的には登記簿上所有者等とされている者がこれに当たる。「けだし、公簿上の所有者等は、たとえ隣地所有者によって自己の土地の一部を時効取得されていても(その取得登記がなされていない限り)、公簿上の自己の土地を他人に処分し、對抗要件を具備する事が可能である。換言すれば、この限りにおいて公簿上の所有者等は地番によって特定されている土地につき、いわゆる関係的所有権等を有するといえるのではないか。」

二 さて、アはまさしく村松判事の不適法説に対する批判となっている。確かにこの指摘は正しい。村松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当然の前提としながら、そのような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しようとしたために不適法説に導かれたのであり、理論の一貫性を欠くことは小川判事の言うとおりでである。しかし、村松判事に言わせればそれなら地番の境界を確定する訴訟を何によって正当化するのか、地番の境界を確定する訴訟の実益は何かということにならう。理論を一貫するのはよいがその理論を何によって正当化するのかということである。実は小川判事は村松判事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の存在をある程度認識していたようであり、「経界確定の訴は、公法上のものである地番と地番との経界線を発見或は設定することを目的とする『実質非訟事件形式上民事訴訟』であるとするのが近時の少なくとも実務上の通説であるとして、その立場に立

つとすれば、この訴は『所有権ノ経界』（昭和二十一年三月一〇日大審院判決⁶の用語）を設定する訴ではないといわねばならなくなり、したがって一筆の土地を甲、乙の両者が分割して買受け未だ分筆移転登記を受けないうちに甲乙間で境界の争いが起っても、この訴によることはできないということになるであろうか。これがまず逢着した疑問点である。」と述べている。しかしながら、「実務上の通説の考え方を是認する立場を前提とし」⁷たために、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界と解すべきか所有権の境界と解すべきかということについてまったく論じていない。それどころか、境界確定訴訟は地番の境界を確定する訴訟であるという理論を一貫すべきであるとして適法説を唱えたのであり、村松判事のように地番の境界を確定する訴訟は何によって正当化されるのかという発想は弱いのである。

三 しかし、小川判事は地番の境界を確定する訴訟の実益をまったく考えなかったわけではない。これがエである。村松判事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しようとしたためにその正当化ができないところの取得時効が成立する場合は訴えは不適法であるとした。換言すれば、地番の境界を確定する訴訟の実益を当事者の所有権の範囲の争いの解決に求めたためにその実益がないところの取得時効が成立する場合は訴えは不適法であるとした。これに対し、小川判事は取得時効が成立する場合に「地番相互の経界を定める実益も皆無とはいえないのではないか」と述べている。この表現には小川判事が実益をあまり問題にしないということがよく表れているが、それにしても取得時効が成立する場合に地番の境界を確定する実益がないわけではないと論じたことは注目に値する。それではその実益とは何か。判事は言う。「(例えば、将来、登記をする場合、地番と地番の経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。それはおそらく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う趣旨であろう。「例えば」と言うので他にも実益があるかも知れないとする趣旨であろうが、はたして他にどのような実益があるというのであろうか。私は他に実益はないと考えるし、また他の実益が示されていない以上、それについて論じることもできないので、ここでは他に実益はないと仮定しておこう。そうすると分筆・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ということが小川判事のいう実益ということになる。もっとも、判事は「区別ができない場合も生じるであろう。」というのであって、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常にできないということではないようであるし、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場合があるということに確信があるということでもないようである。それはさておき、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ことは当事者の所有権の範囲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る。小川判事は取得時効が成立する場合はまさに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うことにより地番の境界を確定することに実益ありとしているわけであり、当事者の所有権の範囲の争いの解決とは無関係なところで地番の境界を確定することに実益ありとしているのではないのである。

四 ところで、このように取得時効が成立する場合も地番の境界を確定する実益は皆無ではないとすることは、取得時効が成立する場合でない普通の場合は地番の境界を確定する実益は当然あるとする趣旨であろう。これについて、小川判事は明確に論じているわけではないが、「裁判所構成法施行の時代から今日にわたって、所有権確認訴訟の外に、公法上のものである地番と地番の経界を発見し或は設定する目的の経界確定訴訟が制定法上の

明確な根拠もないのに認められているのは、合目的性の要求からではないのだろうか。」と述べている。「合目的性の要求」が何を意味するかはあきらかでないが、それ以上何も述べていないことからして、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、という村松判事の議論に賛成する趣旨と思われる。このように見れば、小川判事もやはり当事者の所有権の範囲の解決に資するというところに地番の境界を確定する訴訟の実益を見いだしているということができよう。ただし、小川判事はそのような実益はあまり重視せず、むしろ地番の境界を確定する訴訟ということを理論的に一貫すべきであるという考えに立って適法説を主張したのであり、エで述べた実益もそれほど重要なものとはされていないのである。小川判事の議論は、当事者の真の紛争は所有権の範囲の争いであるから係争地の所有権確認訴訟のほかに境界確定訴訟を認める必要はないという宮崎判事の批判に対して、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ようとした村松判事のそれとはまさに対照的であるということが出来る。

五 ところで、エは後の論者によって適法説の重要な論拠とされるにいたった。そこでもう少しエについて述べると、エは分筆・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ためには地番の境界が確定されないなければならないので地番の境界を確定する実益があるというのであるが、しかし肝心の当事者の所有権の範囲の争い自体が解決されないでは当事者の所有権の範囲を登記簿に表すということも問題にならないはずである。実は小川判事は右のウと同じ場合、すなわち境界確定訴訟と所有権確認訴訟の併合の場合についてエの実益を論じているのである。その場合は当事者の所有権の範囲の争いは所有権確認訴訟で同時に解決されるので地番の境界を確定することにより分筆・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ことが意味を

持つ。これに対し、境界確定訴訟が単独で提起された場合、将来当事者の所有権の範囲の争いが所有権確認訴訟で解決された時には意味があるからという理由で地番の境界を確定する実益を肯定すべきであろうか。このことはもともと実益を重視しない小川判事においてはそれほど重要ではないが、エを適法説の重要な論拠とする立場では問題となろう。

六 最後に適法説の他の論拠を見てみよう。イは当事者の所有権の範囲を問題にすることは、たとえそれが当事者適格の關係であつても境界確定訴訟が実質は非訟事件であることと相容れないという趣旨のようである。当事者の所有権の範囲と非訟事件とは相容れないものか否かについては、次款で検討することにする。ウは不適法説は訴訟経済に反するといふのであるが、小川判事は審理によりすでに地番の境界が判明している場合を念頭においてそのように論じていることに注意しなければならない。しかし、いまだ地番の境界が判明していない場合について考えるならば、不適法説の立場では地番の境界まで当事者の所有権の範囲が具体的に及ばないことさえ判明すれば訴えは不適法として却下すべきことになるのであるが、地番の境界の正確な位置を審理・判断せずともそのおおよその位置により地番の境界まで当事者の所有権の範囲が具体的に及ばないことが判明すれば訴えは不適法として却下し、それ以上、地番の境界の正確な位置を審理・判断する必要はないはずであり、その意味では訴訟経済に適しているともいえる。また、すでに地番の境界が判明している場合であっても判決で地番の境界を確定するとそれに対する上訴がなされ上訴審で審理が続行されることがありうるので、それを避けるために訴えを却下することが訴訟経済に適しているともいえる。それゆえ問題は所有権の境界と位置が一致しない地番の境界を確定する実益があるか否にかかっているのであって、それとは別に訴訟経済を論じることではできない道理である。オは取得時効が成立する場合でも登記簿上の所有者はそのような關係的所有権があるから地番の境界を

確定することに最も密接な利害関係を有するというのであるが、これが地番の境界を確定することの実益を論じているのであれば取得時効の当事者の間でそのような関係的所有権の範囲を確定することに実益はないといわねばならないし、適法説の理論的な説明であればアとやや矛盾することになろう。

注

(1) 本稿(二)・琉大法学四六号三二頁。

(2) 小川正澄「境界確定の訴についての若干の考察―主として当事者適格、弁論主義との関係について―」判例タイムズ 一五九号(昭和三九年)二四頁以下(二七頁)。

(3) 小川・二六頁。

(4) 小川・二七頁。

(5) 小川・二六頁。ちなみに、宮崎・前掲一〇頁は吉川博士の不適法説につき、「時効取得の主張については、権利保護要件の一としてその内容の当否について判断すべきだとされる。しかしさて取得時効が完成しているとの結論が出れば、今度は逆転して権利保護要件を欠くものとして請求棄却の判決をなすべきこととなるのは―理論は一応別として―果して実的に妥当かどうか私は疑う。」と述べている。本文の論拠はこれを参考にしたものと思われる。

(6) 小川・二六頁。

(7) 小川・二七頁。

(8) この判決については本稿(二)・琉大法学四六号四九頁、五〇頁参照。

(9) 小川・二五頁。

(10) 小川・二四頁。

(11) 小川・二六頁。

(12) 同旨、平田浩・判批・民商法雜誌五九卷三号(昭和四三年)四二〇頁以下(四三二頁)。

第四款 地番境界説(小室説)

一 小室直人教授が昭和四〇年に発表された「境界確定訴訟の再検討」というタイトルの論文で試論として示された見解は境界確定訴訟の法的性質についてのそれにより一般に複合訴訟説と呼ばれているが、これから述べるように境界確定訴訟の対象たる境界に関しては教授も通説と同様それを地番の境界と解しているので、境界確定訴訟の対象たる境界とは何かを論じる本稿では教授の説は地番境界説の中に位置づけなければならぬ。しかしながら、教授は境界確定訴訟と当事者の所有権の範囲を理論的に結びつけており、その意味で教授の説は地番境界説といっても特殊である。

小室教授は、通説が境界確定訴訟と当事者の所有権の範囲を理論的に遮断して、境界確定判決は所有権の範囲を確定しないとする点を批判して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う。わが国の判例、学説の通説がいうように、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根拠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、疑問におもうところである。

仮に境界確定訴訟の原型的な場合をとって考察しよう。「一」図において、Xは甲番地の所有者であり、Yが乙番地の所有者であることについては争がなく、Xは甲番地と乙番地境界線はAB線であると主張し、YはCD線であると主張しており、両者の境界線を客観的に決定しうる有力な証拠は何もない。裁判所は、判例（大審院昭和一一・三・一〇民集一五卷六九五頁、昭和一七・七・六法学一二卷二四七頁等）の示すような基準にもとづいて、甲番地と乙番地の境界線はMN線であると確定し、その判決は形式的に確定した。この場合、わが国の通説によれば、Xは、MN線を越えて乙番地上に自己の所有権の及ぶことを主張して、別訴を提起することができることになる。もちろん乙番地上に取得時効を主張することは可能であるが、通常は原告は境界確定訴訟に併合して、取得時効を理由に所有権確認訴訟を提起する。取得時効の主張を別とすれば（後述）、甲番地と乙番地の境界線がMNと確定された後、それを越えてさらに所有権の訴を起こせるとするのは、およそナンセンスな結論であり、実際上も取得時効の主張ができない限り、その後訴が認容される可能性は絶無といつてよい。境界確定と所有権との関連を断絶した通説の純理論性は、批判の余地があるといわなければならない。」

このように批判した後、教授は次のように述べる。「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から正当と認める境界線を確定し、その確定により同時に相隣者の所有権の範囲が確定される特殊な性質の訴訟と解しうるのではないかとおもう。これはじゅうらいの訴訟三類型

のいずれにも属しない、形成作用と確認作用の両者を等価的に包含する特殊な訴訟類型である。これを敢えてじゅうらいの訴訟三類型に従わせようとすれば、やや無理な感を免れないが、境界線の非訟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と解しえられなくもない。このように解するのが、本質上非訟事件を訴訟とした根拠にも適合し、かつ境界紛争解決の実情にも照応するのではなからうか。²⁾」

このように小室教授は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とするため、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るとするものであり、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する通説とは大きく異なっている。そして同じく通説を批判するのであっても、宮崎判事は境界確定訴訟自体を否定したのに対し、小室教授は境界確定訴訟を再構成している。小室教授の説は境界確定訴訟を再構成した第三期最初の説であり、今日でもいまだに有力な説である。

二 ところで、教授が当事者の所有権の範囲と並んで境界確定訴訟の対象とする境界は地番の境界であることは引用した文章からして明らかである。³⁾ それゆえ、境界確定訴訟の対象たる境界とは何かを論じる本稿では教授の説は通説と同じく地番境界説の中に位置づけなければならないことになる。教授は通説と同じく境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であると解しつつも、当事者の所有権の範囲も境界確定訴訟の対象であるとするにより、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るとしたのである。そして、引用した文章からして境界確定判決は境界線を確定し、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いう趣旨であることも明らかである。⁴⁾

三 しかし、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こととははたして可能であろうか。なぜなら、地番の境界は当事者双方の所有権の範囲を画しているとは限ら

ない(地番の境界の位置と所有権の境界の位置とは一致するとは限らない)からである。教授も取得時効を理由にすれば確定した地番の境界をこえて自己の所有権が相手方方面に及んでいることを主張できることを認めている。それゆえ後の所有権確認訴訟等でこの主張が認められて原告が勝訴した場合を考えれば、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こととはできない理である。教授のこの議論は村松判事の議論と関係していると思われる。第二款で見たように、村松判事は「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には、右のように両地の境界線がXOY線であると境界確定の訴えで定められると、(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、(ロ)OXの土地は、もともと乙地に属していたのであるから、依然として原告Bは所有権は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、立証の関係でそれはほとんど不可能に近いことであろう。」と述べ、境界確定訴訟は当事者の所有権の争いの解決に役立つと論じた。これに対し、小室教授はさらに進んで「取得時効の主張を別とすれば(後述)、甲番地と乙番地の境界線がMNと確定された後、それを越えてさらに所有権の訴えを起こせるというのは、およそナンセンスな結論であり、実際上も取得時効の主張ができない限り、その後訴が認容される可能性は絶無といつてよい。」と述べている。そして、そこから当事者の所有権の範囲も境界確定訴訟の対象であり、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という考えを示されたのである。なるほど、第二款で述べたように、境界確定判決は地番の境界については既判力(ないしは形成力)を生じるのは当然なので、「(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、(ロ)OXの土地は、もともと乙地に属していたのであるから、依然として原告Bは所有権は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、立証の関係でそれはほとんど不可能に近い」のではなく、理論的にも不可能である。しかし、そうかといって、小室教授のように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とすることはできない。なぜなら教授も認めるように取得時効（あるいは境界の合意）を理由にすれば確定した地番の境界をこえて自己の所有権が相手方方面に及んでいることを主張できるからである。このように取得時効や境界の合意により地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致していないことがあることから、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ことは論理的に不可能であるといわねばならない。

四 小室教授の説は取得時効や境界の合意が成立せず地番の境界が当事者双方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こそ成り立つ説である。実は、教授自身、論文の最後では「境界紛争は、取得時効の主張と結合している場合が多く、単純な境界確定事件として出現することは、必ずしも多くはないのかもしれない。これら特殊な境界紛争に対して、わたくしの試論が、どの程度適用の可能性をもつかは全く自信がない。」と述べており、地番の境界が当事者双方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試論を構成したことを認めている。しかし、地番の境界が当事者双方の所有権の範囲を画していない場合は教授の説は適用できない。そして、地番の境界が当事者双方の所有権の範囲を画していない場合もある以上、地番の境界が当事者双方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議論することはできないはずである。教授は通説は「境界確定と所有権との関係を無理に遮断」していると批判するが、地番の境界は当事者双方の所有権の範囲を画しているとは限らないのであるから通説は「境界確定と所有権との関係を無理に遮断」していることにはならない。この「境界確定と所有権との関係を無理に遮断」しているという批判は第一期の所有権関連否定説に対し

てこそ妥当するのであるが、教授は所有権関連否定説に立つ雉本博士、山田博士と地番境界説に立つ兼子博士と共に形成訴訟説に立つものとし、判決により境界線が確定されても所有権の範囲はなら確定されないとする説としている。³⁾このような地番境界説と所有権関連否定説の混同が教授の試論の形成に影響したものとと思われるが、地番の境界が当事者双方の所有権の範囲を画していない場合は教授の説は適用できないのである。後の論者の中には小室説で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は地番の境界を確定し、かつそれとは異なる位置において当事者の所有権の限界線を確定することになるのではないかと推測する者もいる。³⁾小室教授がその方向に進む可能性はあろうが、この論文に関する限り、「自から正当と認める境界線を確定し、その確定により同時に相隣者の所有権の範囲が確定される」(傍点―玉城)と言うのであるから、この推測は無理である。小室教授が境界確定判決に当事者の所有権の範囲についての既判力を認めようとしたのは高く評価されるし、またそこから境界確定訴訟の原告も被告も一定線を境界として主張しなければならず、裁判所はその範囲内で境界を確定しなければならないという境界確定訴訟の法的性質に関する議論を展開したことも評価されるが、地番の境界が当事者双方の所有権の範囲を画している場合をもっぱら念頭に置いて理論を立てたことは遺憾である。通説が實際上問題を生じるのは地番の境界が当事者双方の所有権の範囲を画していない場合であり、このような場合に照準を合わせて境界確定訴訟を再検討すべきであった。そうすれば、重要なことは境界確定訴訟の対象たる境界とは何かであるということに気づいたかも知れない。逆に言えば、教授は境界確定訴訟の対象たる境界とは何かという問題に直面せずに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ために、もっぱら地番の境界が当事者双方の所有権の範囲を画している場合を念頭に置いて理論を構成してしまったということがある。

五 境界確定訴訟の対象に関連した教授のその他の議論は次のとおりである。まず、教授の説が地番境界説である以上、適法説か不適法説かが問題になるのは当然である。教授は境界確定訴訟と取得時効を理由とする所有権確認訴訟の併合のケースについてこの問題を論じているが、適法説を採る。その論拠は、(ア)境界確定訴訟と取得時効を理由とする所有権確認訴訟とは前者において原告の主張する一定線が境界と認められるなら後者については判断を要しないという予備的併合であり、また境界確定訴訟においては原告の主張する一定線を境界と認めないときも裁判所が自ら正当と認める境界線を確定し、その後所有権確認訴訟について判断すべきであるので、取得時効による所有権取得は境界確定後に判定される関係にあり、それゆえ境界確定訴訟において取得時効の成立を理由に当事者適格の欠缺を問題にする余地はないし、(イ)「甲地と乙地の境界線を確定しないで、Xが乙地のどの部分を時効取得したかを判断することは理論上困難であるし」、(ウ)「実際上も登記の際に両者の区別が必要であるとおもわれるから」、境界確定請求を不適法却下することは妥当でない、というにある。教授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とするが、この理論を一貫すれば、境界確定訴訟と取得時効を理由とする所有権確認訴訟を併合した場合、取得時効の成立が認められると当事者の所有権の範囲につき矛盾した既判力が生じることになるが、このことは度外視してこれらの適法説の論拠について検討してみよう。(ア)は境界確定訴訟のみを提起した場合は問題となりうる当事者適格が所有権確認訴訟を予備的に併合すれば問題とならないということは理解できない。また、(イ)は取得時効の当事者間では現在の権利状態を確定すれば足り、取得時効により当事者の一方に帰属するに至ったのはどの部分かを正確に判断する必要はないというべきである。これに対し、(ウ)は考慮に値する。これは小川判事が適法説の理由のひとつとしたものと同じであり、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

表すためには地番の境界の位置を確定する必要があるとする趣旨であろう。小室教授は小川判事の適法説を評して、「形式的形成訴訟説を徹底し、現実の所有者でなく、登記上の所有名義人を境界確定訴訟の当事者適格者とすし、私見と同一の結論に達している。その所説には傾聴すべきものが多いが、所有権との遮断を徹底しようとする点で賛成できない。」と述べているが、小川判事が適法説の論拠として挙げたものうちこの論拠は当事者の所有権の範囲の争いの解決に資するということにより地番の境界を確定することに実益ありとするものであることは前款で述べた通りであり、それゆえ当事者の所有権の範囲の争いの解決を重視する小室教授が同様にこれを適法説の論拠としたのはよく理解できる。ただ、小室教授にあっても、「実際上も登記の際に両者の区別が必要であるとおもわれる」ということで、それほど確信があるようには見られないし、また重要な論拠ともされていないようである。

六 小室教授は境界確定訴訟において和解、請求の放棄、認諾、自白が有効になしうるかにつき、「村松判事のいわれるように地番と地番との境界線が公法上のものであって、当事者の合意をもって左右できない性質を有していることは異論あるまい。」としながらも、地番の境界は行政区画のようなものとは性質が異なることを理由に、「実際の境界線が不明なため訴訟にまで発展した場合に、他の第三者に影響を与えない限度で合意による境界の確定を承認しても不都合はないのではなからうか。」とし、その制限のもとで、請求の認諾、放棄、自白もありうるとする。通説は境界の合意に効力を認めないが合意の事実を境界確定のための一資料とすることは認める。これに対し、教授は合意を有効とすべき場合もあるとするものようである。教授の文章の表現は「合意による境界の確定を承認しても不都合はないのではなからうか。」とか「和解を認めうる場合もありうるのではないか。」となっており、合意を有効と認めてもよい場合もあるというようにも読めるが、合意を有効と認めても

よい認めなくてもよいというのでは理論的におかしいし、またそれでは實際上、通説とそれほど異ならないことになるので、合意を有効とすべき場合もあるとする趣旨と見るべきであろう。さて、合意を有効とすべき「真実の境界線が不明なため訴訟にまで発展した場合」の意味であるが、「真実の境界線が不明」とは「客観的な境界線を証明しうる証拠がなんら存在しない場合」であるが、「訴訟にまで発展した場合」は常にそれに当たるとかどうか。そのように受け取れる表現もあるが、おそらく訴訟になった場合でも「真実の境界線が不明」な場合とそうでない場合があり、前者においてのみ合意を有効とすべきであるとする趣旨であろう。そうだとすると、境界確定訴訟において境界の合意が成立した場合、客観的な境界線を証明しうる証拠が存在するか否かを審理し存在しないことを確認してから和解調書や認諾調書を作成することになるであろうか。教授の説では特殊な和解、認諾、放棄、自白を認めることになると思われる。村松判事は訴訟上の和解につき訴訟物以外の所有権の範囲についての和解という構成を採ったのに対し、小室教授はこのような特殊な和解を認めるのであるが、いずれも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ながら当事者の所有権の範囲の争いの解決ということを重視するために導かれた構成であるといえることができる。

七 最後に、そのために複合訴訟説と呼ばれているところの境界確定訴訟の法的性質についての教授の見解について訴訟の対象との関わりで簡単に触れておこう。教授の議論は境界確定訴訟は「境界線の非訟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」とするものである。すなわち、地番の境界を確定するのは非訟的形成であり、所有権の範囲を確定するのは確認であるとする。しかし、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のに、なぜ前者は非訟的形成で後者は確認なのであろうか。ここには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されるべきでは

ないという思考が働いているように思われる。しかし、地番の境界を非訟的に形成し、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のであるから、実質的には当事者の所有権の範囲が非訟的に形成されることになるはずであり、それを確認というのは無理である。あるいは、もし、これを確認というなら地番の境界の確定も同じく確認といわねばならない。後に地番境界説の論拠として、所有権の範囲は確認されるべきであって非訟的に形成されるべきではないというようなことが言われるが、これは小室教授のこのような議論が影響を及ぼしたと思われる。

注

(1) 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(昭和四〇年)一一五頁以下(一四〇頁、一四二頁)。
 なお、教授のおおまかな考えはすでに小室・判批・民商法雑誌五〇巻六号(昭和三九年)七一頁以下に示されていた。

(2) 小室・一四四頁。

(3) 村松・前掲五三頁、平田・前掲判批四二九頁、畑郁夫「境界確定訴訟」法学教室三七号(昭和五八年)六九頁以下(七二頁)、林伸太郎「境界確定訴訟にかんする一考察(一)」法学四八巻三八九頁以下(四一九頁注六七)。

(4) このことは、小室教授が、「宮崎、前掲四頁に『所有権の帰属に関する請求は両地の経界線が判決によって創設されたことを前提とし、その創設されるべき経界線以内の地域に対する帰属の確認を求めるもので、かような意味において、経界の創設に関する請求は所有権の帰属に関する請求に対していわゆる先決的關係にあるのではないかということである。』とあるのは、私見に近い考方ではないかとおもわれる。」(一四五頁注四二)と述べていることから、さらに明らかである。なお、宮崎判事の議論については本節第一款を見よ。宮崎判事のこの議論は小室説の形成に影響を及ぼ

したと思われる。

(5) 小室・一六四頁。

(6) 畑・判批・民商法雑誌九一卷二号(昭和五九年)二五五頁以下(二六二頁)は、「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。」と言うが、まさに小室教授自身がこのことを認めているのである。

(7) 小室・一四〇頁。

(8) 小室・一四一頁注三七。

(9) 平田・前掲判批四二九頁、畑・前掲判批二六二頁。

(10) 小室・一五七頁、一五八頁。

(11) 小室・一五八頁。

(12) 小室・一五八頁。

(13) 小室・一五八頁注七七。

(14) 小室・一五三頁。

(15) 小室・一五三頁。

第五款 地番境界説(新堂説)

一 新堂幸司教授は、隣接土地所有者間に境界についての合意が成立したことのみによって合意のとりの境界

を確定することは許されないとした昭和四二年二月二十六日最高裁判決の判例評釈において、当事者の真の紛争は所有権の範囲の争いであるという観点から通説・判例を厳しく批判した¹⁾。教授は、本判決は境界の確定と所有権の範囲の確認を区別して前者については当事者の合意による解決を否定し、後者については当事者の合意による解決を肯定しているが、それでは境界確定訴訟で境界を確定しても、当事者は和解の効力を理由にして所有権確認訴訟を提起することができるので、境界確定訴訟は紛争の終局的解決に役立つとは限らないと批判する²⁾。この批判は正しい。通説・判例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が、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、そのような地番の境界を確定しても当事者の所有権の範囲の争いが終局的に解決されたとはいえない。そこで、後述するように所有権境界説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するのである。ところが新堂教授は問題をこのように把握しない。教授は当事者は境界の判定と所有権の範囲の判定とを別のことがらであるとは意識していないとして、「本件の紛争の実態は、甲番地と乙番地の境界争いであるとともに X_1 らと Y_1 らの所有権の範囲の争いであり、さらにいえば、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いるとみるべきものであろう³⁾。」と述べている。もし教授のいう境界が地番の境界とは区別された所有権の境界であればこれはまさに所有権境界説を主張していることになるが、教授のいう境界は「甲番地と乙番地の境界」、すなわち地番の境界である。そして教授は次のように説いている。「境界確定の訴えの特殊性を強調する根拠には、境界とは所有者といえども勝手に処分しえない公法上のものであるという考えが一貫して流れていると思われる。境界とは土地自体が客観的に固有に有するものであるものによって左右されないとの説明も、境界は所有権者の意思とは別に公法上決っているものまたはきめられるべきものであるということの別な表現と思われる。たしかに、地番と地番の境界には、地租改正という

公法的地から調査確定されたという沿革がある(森松萬英・前掲書三五頁以下)。また、そのような沿革を別にしても、たとえば、土地の境界線が地方公共団体の境でもあるときには、所有権の範囲の問題が同時に公権力の限界を画する場合も想定できる。しかし、だからといって、所有権の範囲を画する境界を所有権者が処分できないということにはなるまい。第一、自由な処分を認めない理由として、その境界によって公権力の限界が画され重大な影響を受けるからだというならば、行政庁自身がその行政上の必要にもとづいて境界確定訴訟を提起しまたはその相手となるべきではないか。行政上の必要がつねに土地所有者に分かるわけではないし、行政上の必要を満たすために土地所有者の意思と費用に依存するのは納得できない。その意味で、境界の公法的性格を強調するならば、相隣地の所有者のみに境界確定訴訟の当事者適格を認めること自体を疑わざるをえないはずである(高津・前掲八七二頁)。にもかかわらず、隣接する土地の所有者に境界確定訴訟の当事者適格を承認し、しかもその所有者達が自らの費用において多くの境界確定の訴えを提起しまたは提起されているのは、かれら自身、所有権の範囲の不明からくる相互の権利の調整をこの訴えに期待しているからであり、しかも、境界確定判決がこのような所有権者間の利害の調整という役割を現に果たしているからであると理解せざるをえない。そしてこのような私的紛争の解決という境界確定訴訟の機能からすると、当事者間の境界線の合意に、和解契約としての拘束力を認ても少しもおかしくないし、所有権の争いということであれば、むしろ認めるべきであろう。」

このように教授は通説・判例のように境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるとしつつ、通説・判例が境界の「公法的性格を強調する」のに対し、「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論じているのである。それゆえ、境界確定訴訟の対象たる境界は何かを論じる本稿では新堂教授の説も小室教授の説と同じく地番境界説の中に位置づけなければならない⁶⁾。むしろ、教授においても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が当然の前提となっているのではあるが。

二 しかし、新堂教授と小室教授では地番の境界の性質について考えにかなりの差があるようである。小室教授は和解を有効とすべき場合もあるとするが、しかしそれは、「地番と地番との境界線が公法上のものであって、当事者の合意をもって左右できない性質を有している」ので、「客観的に明白な境界線を当事者が合意によって任意に動かしうることをいうのではない。この場合には真実の境界線と合意により定められた境界線とはさまれた土地は、一方から他方へその所有権を譲渡する暗黙の合意があったと認められよう（大阪高判昭三八・一一・二九下級民判一四卷二三五〇頁）」としたうえで、ただ、「これに反し真実の境界線が不明なため訴訟にまで発展した場合に、他の第三者に影響を与えない限度で合意による境界の確定を承認しても不都合はないのではなかろうか。」と言うにすぎない。これに対し、新堂教授は「当事者間の境界線の合意に、和解契約としての拘束力を認ても少しもおかしくない」と述べており、地番の境界についての和解を無制限に認めるようである。現に本件は訴訟外の境界の合意が問題になったケースであった。このように新堂教授は地番の境界の公法的性格を軽視している。この差異はどこから来るのであろうか。

その答えは教授が「紛争の実態は、甲番地と乙番地の境界争いであるとともにX₁とY₁との所有権の範囲の争いであり、さらにいえば、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いるとみるべきものであろう。」と述べたことの中に見いだされるべきであると思う。このように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いうことは地番の境界は常に当事者の所有権の範囲を画している、当事者の所有権の範囲を画しているのは地番の境界であるということを前提にしている。なるほど小室教授も境

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論じた。しかし、小室教授が「客観的に明白な境界線を当事者が合意によって任意に動かさうることをいうのではない。この場合には真実の境界線と合意により定められた境界線とは含まれた土地は、一方から他方へその所有権を譲渡する暗黙の合意があったと認められよう」と述べているということは、この場合、地番の境界は当事者の所有権の範囲を画していないとしていることになる。また小室教授が取得時効が成立する場合について適法説を唱えているということも、その場合、地番の境界は当事者の所有権の範囲を画していないと見ることが前提となっている。それにもかかわらず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論じたことに小室説の問題点があることは前述したとおりであるが、それはともかくとして小室教授は地番の境界は常に当事者の所有権の範囲を画しているとは考えていなかった。この点、通説・判例と同じである。ところが新堂教授は地番の境界は常に当事者の所有権の範囲を画していると考えたようである。だからこそ問題を地番の境界の「公法的性格を強調する」か、「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かというシエーマにおいて把えざるをえなかったたのである。そして、後者を重視して地番の境界についての和解を無制限に認めたのである。しかし、これは、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るのであり、誤りであるといわねばならない。教授のように境界は常に当事者の所有権の範囲を画しているとし、また境界についての和解を無制限に認めるのであれば、その境界は所有権の境界としなければならないはずであるのに、教授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せずに、地番の境界であることを前提にしつつ、そのように論じたのであった。

三 その後、新堂教授はその名著「民事訴訟法」において境界確定訴訟について次のように述べている。「境界確定の訴えの実質は、あくまでも所有権の範囲についての私人間の争いであり、——そのような争いを解決するに適した取り扱いを考えるべきである。境界の訴えを、境界だけを定めるものとし、所有権の範囲の確認は別の問題としてその争いをあとに残すように構成することは、この場合の紛争の実態に即した解決方式とはいえない。その意味で、この訴えは、所有権の範囲の確認をもとめるものと構成する説（小室直人『境界確定訴訟の再検討』中村古稀（昭和四〇）一四四頁）がすぐれている。——また境界の争いでは、あくまでも隣接地の所有者間の利害の調節が問題になるのであるから、通常の民事訴訟の場合と同様、係争利益について処分（自由や和解など）も可能と解すべきである。（新堂・法協八六巻二号二五九頁）。」これだけを説めば、教授の言う境界が地番の境界か所有権の境界かは明らかでない。しかし、教授は自身の判例評釈を引用しているのでここで境界も地番の境界と解さなければならぬ。

四 さらに、昭和五五年に発表された新堂教授の「民事訴訟と紛争の解決」というタイトルの講演録も境界確定訴訟について触れている。そこでは、前述の判例評釈後に現れたが「民事訴訟法」では触れていないところの、取得時効により境界は移動しないとした昭和四三年二月二日の最高裁判決を取り上げて、批判している。教授は、取得時効により境界は移動するとした昭和九年八月一〇日の大審院判決を引用して、「この大審院の考え方は、所有者を異にする土地が相隣接する場合、その両所有地の接触部分がまさに境界であるとするわけでありまして、したがって、取得時効が完成したという事実が本当にあるのならそれによって、その境界は動いて行くという考えに立って、『取得時効の主張についても裁判所は審理をしてやるべきだ。経緯界確定の訴えという形式をとってきても、それをしてやるべきである。』といていたのです。ですから、さきほどの昭和四三年二月二日の

最高裁判決は、大審院のこの先例を明らかに改めまして、いよいよ境界確定の訴えというものの性質・訴訟物というものを非常に特殊な、何番地と何番地という土地相互の境目を決める、その上に乗っかっている所有権の境目とは別個に、甲番地と乙番地の境目だけを決めてやる訴えである、という見方を徹底した判決だといえることがいえます。」と述べている。そしてここでは(小室教授は)「原告・被告の所有権の接触する線が、まさに境界であり、その境界を確定するのがこの訴えである。——そういう理解をされた論文を発表されております。」とも述べている。これらの文章からすれば、新堂教授はここでは境界確定訴訟の対象たる境界は判例のいうような「何番地と何番地という土地相互の境目」ではなく、「所有権の境目」であるという考え、すなわち所有権境界説に立っているようにも見える。講演録の中の境界確定訴訟に関する部分の見出しが「境界確定訴訟の訴訟物」となっていることからそのような印象を受ける。もし、そうであれば、新堂教授はここでは改説をしたことになる。しかし、他方では、境界確定訴訟の対象たる境界は「何番地と何番地という土地相互の境目」であると同時に「所有権の境目」でもあるという趣旨だとも読める。そうだとすれば、従来の見解の通りだということになる。そのいずれであるかは迷うところであるが、「境界は境界、しかし、自分は境界を越えたイロ線まで所有者として土地を利用できるというふうな境界と所有権とを分離して理解するのは、紛争当事者の理解するところではないと思います。」と述べているのは、前述の判例評釈で当事者は境界の判定と所有権の範囲の判定とを別のことからあるとは意識していないと述べているのと同じ趣旨であるということからして、教授はここでも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いないように思われ、従来の見解の通りだと見た方がよいようである。したがって、新堂教授は取得時効の成立により地番の境界が移動するとすることになり、それゆえ、「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」という兼子博士の見解と真向からぶつかることになる。しかし、登記簿上、一筆の土地とされている土地の境界が取得時効により、分合筆の登記を経ることなく当然に移動することは誤りであるといわねばならない。地番の境界について和解は有効かという問題においては、和解によって定められた地番の境界の位置が真実の地番の境界の位置と一致しないとは限らないので和解を有効とすることの不都合は意識されにくい、取得時効については取得時効により地番の境界が移動することの不都合は強く意識されよう。

五 小室教授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ながら境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定とした。しかし、それ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のものであり、そこに小室教授の説の問題点があった。新堂教授も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ながら境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定とした。しかし、それは登記簿上、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だったのである。ちなみに、新堂教授が小室教授の説と自説とのこのような差異を認識していたかは疑問であり、むしろ認識していなかったと思われる。つまり、小室教授の理論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いることは看過されていたと思われる。

新堂教授の所説は、ここでは触れなかったが境界確定訴訟の法的性質に関しては高く評価されるべきであり、また境界確定訴訟の対象に關しても境界についての和解を無制限に有効とし、また取得時効により境界は移動するとした結論は妥当であるが、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たのは正しくない。

六 小室説と新堂説と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のみを念頭に置くか、地番の境界は常に当事者の所有権の範囲を画していると前提するかで差異があるが、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直面することなく、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前提にしながら、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する点では共通しており、この立場は少数説のひとつの流れを形成した。¹²⁾

しかし、少数説の中にはもうひとつの流れがあった。そ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。実は新堂教授が前述の判例評釈で引用した森松萬英判事の論文はこの立場の萌芽であったし、同じく高津幸一氏の論文はまさにこの立場であった。

注

- (1) 新堂幸司・判批・法学協会雑誌八六卷二号(昭和四四年)二五九頁以下。
- (2) 新堂・二六二頁。
- (3) 新堂・二六二頁。
- (4) 新堂・二六三頁、二六四頁。
- (5) 林・前掲四二〇頁は新堂教授の説を高津氏の説と一緒にして「高津・新堂説」として整理している。境界確定訴訟の法的性質に着眼するならばこのような整理はほぼ妥当である。しかし、境界確定訴訟の対象に着眼するならば新堂教授の説は地番境界説に属し、高津氏の説は後述するように所有権境界説に立つ。

- (6) 小室・前掲一五三頁。
 - (7) なお、本稿(二)琉大法学四六号三五頁、三六頁参照。
 - (8) 新堂・民事訴訟法〔新版〕一四七頁。
 - (9) 新堂「民事訴訟と紛争の解決」書記官研修所報三二号(創立三〇周年記念)(昭和五五年)四六頁以下(四九頁)。
 - (10) 新堂・書記官研修所報三二号五四頁。
 - (11) 本稿(二)琉大法学四六号三一頁参照。
 - (12) 稻村良平「岸田昌洋「境界確定訴訟への疑問」東北法学会雑誌一六号(昭和四一年)一頁以下は、境界についての和解を無効とする通説・判例を「境界公法説」と名付け、しかし「いかなる意味においても境界の公法性は成り立たない」と批判して境界についての和解を有効と解すべきであると主張する。そこでいう境界は地番の境界と区別した所有権の境界ではなく地番の境界であり、この流れに属する。なお、この論文は新堂教授の判例評釈と共通する部分が多いが、これよりも先に書かれたものである。しかし新堂教授はこの論文を引用しておらず、この論文を参照したかは明らかでない。ちなみに、稻村良平「境界確定の訴えに対する一反省」判例タイムズ三四四号(昭和五二年)九七頁以下も前の論文と立場は同じである。
- 園山潔「境界確定訴訟の性質―特に実体法面よりの考察」自由と正義二〇巻一〇号(昭和四四年)二四頁以下は、「土地の境界確定訴訟は、一方に於ては、国の領土権に基づいて土地の境界の確定を請求すると同時に、他方に於ては、境界の確定により所有権の帰属に変動が生ずるものであるから所有権の限界の確認を求める訴訟でもある。」(三五頁)として、「従って、本訴訟の性質については、小室直人教授の説えられる形成作用と確認作用の両者を等価値的に包含し、且つ、形成作用が先決的になされる特殊な訴訟類型であると解する考え方が正しい態度なのである。」(三五頁)

と論じている。そのためこの論文は小室説を支持するものとして広く知られている。しかし、團山氏にあっては、「土地は第一次的に國家の管理に服することとなり、その結果として土地の境界確定は、領土権の具体的な管理行為として表現せられるものである。されば、私人が勝手にその合意によって境界を確定することは、領土権に対する侵害となるものである。」(三三三頁)として、むしろ地番の境界の公法的性質が強調されている。また、小室教授が地番の境界が当事者の所有権の範囲を画する場合を念頭においていることも看過されており、「境界線と限界線とは、常に一致した姿で表れる」(三三三頁)と言う。それゆえ、氏の所説は、地番の境界は常に当事者の所有権の範囲を画しているとする点において、小室教授の説よりも新堂教授の説に近く、しかし、地番の境界の公法的性質を強調する点で新堂教授とは方向が反対であると評することができよう。氏の所説は地番の境界と所有権の限界とを区別して前者は当事者の合意で定めることはできないが後者は当事者の合意で定めることができるとする通説・判例よりも不都合な結果をもたらすではあるまいか。

岡村且「境界確定訴訟雜感」判例時報九七七号七頁以下は小室説に理解を示しているが、小室教授が地番の境界が当事者の所有権の範囲を画する場合を念頭においていることはやはり看過されている。

佐々木吉男教授は境界確定訴訟に関して多くの論稿を発表しているが、それらはすべて境界確定訴訟の法的性質について論じたものである。境界確定訴訟の対象については、通説は境界は所有権とは無関係であるとしているとして批判し(佐々木「境界確定訴訟の再吟味」民事研修一九〇号(昭和四八年)三七頁)、また小室教授の論稿を引用しているところもある(佐々木「不利益変更禁止」判例演習講座民事訴訟法三五二頁)ことから、この流れに属するものと思われるが断定はできない。ただ、境界は地番の境界と区別した所有権の境界であるという議論は行っていないことは確かである。

第六款 所有権境界説 (森松説)

一 小室教授の論文と同じ頃、森松萬英判事の「境界確定事件に関する研究」というタイトルの長大な論文が司法研修報告書として出た。この論文は境界確定訴訟をめぐる様々な問題に言及しているが、残念ながら議論が冗長で未整理であり、また論旨も難解なところがあるため、一読するのも相当な根気を必要とする。

二 判事は境界確定訴訟は境界が不明の場合に条理により境界を確定する訴訟であるとするが、その境界とは地番の境界であろうか、それとも所有権の境界であろうか。判事は、「相隣接する土地所有権者が完全な所有権を有しながら境界が不明のため、その所有権はその係争地域につき充たされていない。土地所有権で地理的範囲を有せぬものはない。範囲というからには必ず境界がある。その境界を挟む相隣地土地所有権者が不明のため傷ついた脆弱部分の復元強化の解決を求めるのが境界訴訟の目的である。」¹⁾「境界は所有権と一体不可分である。境界は土地所有権を前提としこれを離れて存在しない。」²⁾と述べており、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するかのようにあり、さらに、「番地と番地との境界が筆界である。境界の場合であってこれにつぎるものではない。土地の一部は分筆の手続前にも所有者はこれを譲渡することができる。そこに境界が成立する。」³⁾「境界確定訴訟における境界は筆界に限らない。」と述べている。これらの文章からして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とする通説とは異なる考えに立つことは明らかである。しかし、「境界確定訴訟における境界は筆界に限らない。」⁴⁾ということは境界確定訴訟における境界は筆界であることもあるということの意味する。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する判事の立場からして、これは地番の境界が当事者の所有権の範囲を画している原則的な場合は地番の境界が境界確定訴訟の

対象であるが、地番の境界が当事者の所有権の範囲を画していない例外的な場合は当事者の所有権の範囲を画している境界（所有権の境界）が境界確定訴訟の対象であるとする趣旨であろうか。そうだとすれば、判事は地番境界説と所有権境界説のいずれでもなく、原則Ⅱ地番境界・例外Ⅲ所有権境界説ともいふべきことになる。もっともこれは判事の個々の文章から推測したにすぎず、判事が明確にこのように主張したというわけではないのであるが、ここでは判事はこのような説であると仮定しておこう。この仮定した判事の説は、村松判事が「付論境界確定の訴え」で考えてみたいとのべた説、すなわち地番の境界の確定を求める訴えから「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をいう説を彷彿させるが、訴えの変更とはしない点でこれと異なる。この説も「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をいう説と同様、どこに境界を確定すべきかという問題に関するかぎり所有権境界説と異ならないので、所有権境界説にかなり接近した説であるということが出来る。仮定した判事の所説は厳密には所有権境界説とはいえないが、所有権境界説の萌芽ともいふべき説であり、それゆえここでは所有権境界説の中に位置付けておこう。

三 しかしながら、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確定する訴訟であるとする判事の立場は一貫していない。なるほど、判事は、「境界確定の訴における和解無効説は土地所有権が請求原因の基盤であるとする立場からはにわかに賛同できない。⁶⁾」「本来土地所有権が自由に処分できるものであるからこれを（と）一体不可分の関係（に）ある境界も自由処分可能と考えた。」⁷⁾とのべており、境界確定訴訟における請求の放棄、認諾、和解を無制限に認めるようである。しかし、他方では、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合意のとりの境界を確定することは許されないとした昭和四二年二月二六日最高裁判決の判例評釈においては、合意の成立も「確定事情又は知れたる事情」のひとつとして条理により境界を確定すべきである

と論じており、^①ここでは通説と同じになっている。また、取得時効が成立する場合について確定されるべき境界は何かはつきりしない。^②さらに、境界確定判決は当事者が境界線まで所有権を有することにつき既判力を生じな
 ③
 ④
 ⑤
 ⑥
 ⑦
 ⑧
 ⑨
 ⑩
 ⑪
 ⑫
 ⑬
 ⑭
 ⑮
 ⑯
 ⑰
 ⑱
 ⑲
 ⑳
 ㉑
 ㉒
 ㉓
 ㉔
 ㉕
 ㉖
 ㉗
 ㉘
 ㉙
 ㉚
 ㉛
 ㉜
 ㉝
 ㉞
 ㉟
 ㊱
 ㊲
 ㊳
 ㊴
 ㊵
 ㊶
 ㊷
 ㊸
 ㊹
 ㊺
 ㊻
 ㊼
 ㊽
 ㊾
 ㊿
 ㉞
 ㉟
 ㊱
 ㊲
 ㊳
 ㊴
 ㊵
 ㊶
 ㊷
 ㊸
 ㊹
 ㊺
 ㊻
 ㊼
 ㊽
 ㊾
 ㊿

四 判事は、境界確定訴訟は客観的に明らかでない境界を確定する訴訟であるという立場から、境界の不明が主
 観的不明にすぎないときは所有権確認訴訟によるべきであるとするが、そのときは境界確定訴訟から所有権確認
 訴訟への当然の移行を認めるようでもあり、^⑩そうであればその点では実際上は不都合は生じない。しかし、境界
 確定訴訟の対象たる境界に関して右に述べたようにあいまいなところがあり、議論が整理されているとは到底い
 えない。それでも「境界確定訴訟における境界は筆界に限らない。」と論じて通説たる地番境界説から離脱する
 傾向を示したことはおおいに評価すべきである。

注

- (1) 森松萬英「境界確定事件に関する研究」司法研修報告書二三輯四号(昭和四〇年)一〇五頁。
- (2) 森松・一〇九頁。
- (3) 森松・一一〇頁。
- (4) 森松・一三五頁。
- (5) 森松・二二〇頁。
- (6) 森松・二一九頁。

- (7) 森松・判批・民商法雜誌五九卷二号(昭和四三年)一五八頁以下(二六九頁)。
- (8) 森松・司法研修報告書一三輯四号一七七頁。
- (9) 森松・二〇四頁。
- (10) 森松・一八四頁、森松・前掲判批一六七頁。

第七款 所有権境界説(高津説)

一 小室教授の論文の後に、高津幸一氏は「事実認識から解放された法的判断」というタイトルの論文において境界確定訴訟についても論じている。氏は、「隣地の一部を時効取得してもその部分の地番に変動を生ずるわけではないとした事件がある。このこと自体は当然であろうが、ここではこの地番の区分の訴を境界確定の訴と解している点に問題がある。」と述べており、それからすれば氏は所有権境界説の立場に立って地番境界説に立つ判例を批判するかのようである。しかし、氏の通説・判例批判の眼目はここにあるのではない。氏がこの論文で境界確定訴訟をも採りあげたのは、「境界線で囲まれたいわゆる一つの物としての土地と、土地の所有権との関係は、法的思考への事実的発想の混入の問題に興味ある素材を提供している。」からである。すなわち「境界紛争は、境界確定・所有権範囲確認・所有権確認等の名称の下に、各種の形式で訴訟上に現れてくる。」が、この「現象は、同一のことがらが別の面(しばしば非法的面)から表現されたために生じたものである。例えば、『境界確定』というときには、『物』である地面をみて、それが区分されるという現象に着目しており、『所有権確認』というときには所有権という権利の面からその帰属関係に着目しており、『所有権範囲確認』という

きにはそのような所有権の客体というものに着目しているのである。この現象は、『所有権』が『物』に対応した法的表現であることに思い至らず、それらを重疊的な存在と考えたことに由来しているものと思われる。³⁾ という。そして「判例によれば、境界については次のように解されている。土地の境界は固有のものであり、当事者間の合意に拘束されない。境界確定訴訟においては裁判所は自ら真実であると認めるところに従って境界線を定めるべきであって、当事者の指示に従わない。原告は境界線の存在する位置について主張する必要がない。境界確定訴訟においては、上訴審における不利益変更禁止の原則は適用されない。境界確定訴訟においては、判決主文で係争土地相互の境界を表示すれば足り、それぞれの土地の所有者が誰であるかを表示する必要はない。これらの判例は、事後的評価により『物』とされる土地の存在の客観性にひきずられたものであり、法律が『権利』を対象とするものであることを忘れたものであるように思われる。」⁴⁾ というのである。このように氏は判例の問題点は「事後的評価により『物』とされる土地の存在の客観性にひきずられたものであり、法律が『権利』を対象とするものであることを忘れた」ために生じたものとして批判している。しかし、土地の境界は固有のものであり当事者間の合意に拘束されなかった昭和三十一年二月二十八日最高裁判決は「右にいう境界とは異筆の土地の間の境界である。しかし、かかる境界は右一七五番山林が一六〇番の四山林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」と判示しているのであって、境界が異筆の土地の間の境界、すなわち地番の境界であることを根拠にしていることは明らかである。また上訴審における不利益変更禁止の原則は適用されない等とするのは境界確定訴訟は実質非訟事件であることと関係しているのである。これらについて氏のいう事後的発想もあるいはあるかもしれないが、仮にありとしてもそれは付随的なものにすぎない。氏のように境界確定と所有権範囲確認とは同一のことからの異なった表現であるが判

例は「事後的評価により『物』とされる土地の存在の客観性にひきずられた」ためにこれらの問題が生じたというのは正しくないし、またそれでは判例も境界確定訴訟の対象たる境界を所有権の境界と解しながら「物」とされる土地の存在の客観性にひきずられ、そのため様々な問題を生じているとするかのようにあり、取得時効の事件だけが例外であるかのようにある。さらに氏は取得時効の成否は境界確定訴訟における境界確定とは関係がないとした昭和四三年二月二日最高裁判決の判例評釈においては、取得時効により境界は移動しないという判例の論理さえも、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ことか、土地に固有の境界線という事実的発想のいずれかに基づいているものとして批判している。しかし、この判決は「けだし、かりに上告人が本件三番地の四二の土地の一部を時効によって取得したとしても、これにより三番地の四一と三番地の四二の各土地の境界が移動するわけのものではないからである。」と判示しているのであり、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ことが根拠になっていることは明らかである。境界確定と所有権範囲確認とは同一のことからの異なった表現であるが「事後的評価により『物』とされる土地の存在の客観性にひきずられた」ために取得時効により境界は移動しないとすることは取得時効自体の否定となり矛盾することになり、判例をこのように見ることはできないはずである。

二 氏は、「境界に関連した争であっても、純粹に土地の個々の部分の地番が何であるかということだけが問題となつてゐる場合には、その限りで多くは当事者に訴の利益がないことにならう。そのように土地の地番が不明になるといふことは同一人の所有地内でも起りうることであり、他人の所有地との境界においてこのことが問題となつた場合であっても、實質的に争う利益がないのである。地番自体は国家が土地に与えた名称であつて（政治的に問題となることはあつても）、地番が何であるかにより個人が法律上有利になつたり不利になつたりする

ことはなく、それをめぐる争は町名の場合以上に単なる事実の確認を目的とする訴となるからである。」と述べて、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考えに対し厳しく批判している。これは、村松判事の議論を思えば、むしろ不当に厳しすぎる批判というべきである。ところが、氏は、通説・判例はまさに「この考え、すなわち地番境界説に立っていることを十分に認識するには至らず、このように「事実的評価により『物』とされる土地の存在の客観性にひきずられた」ものとして批判しているのである。そのためであろう、氏は、「境界確定訴訟で境界線が定められた後に、それと異なる線を限界とした所有権に基づく訴訟が提起された実例が見当たらないのは、紛争が境界訴訟で常に片づいてしまっていることを意味するものである」として理解することもできよう。そうすると、実質的には、現在行なわれている解決が社会的要求に十分に応じており、結果的にも一応妥当なものであるといえることになり、不都合な点は表現だけの問題に帰するようにも思われる。」と述べている。氏が所有権境界説に立つことは明らかであるが、通説・判例がこれとは異なる立場であることを認識するに至らなかつたために、このような氏が所有権境界説に立つことを危うくするような議論さえ行っているのである。もっとも、昭和四三年二月二日最高裁判決の判例評釈においては、この点は、「同一の土地につき、いわゆる境界確定の訴と所有権確認の訴が共に提起されたことは今までは存しない（即ち、その限りで、いわゆる境界確定の訴が社会的需要を一応満たしてきたといえないこともない⁽¹⁾）。」と改められている。「不都合な点は表現だけの問題に帰する」というのと、「社会的需要を一応満たしてきた」ではかなり異なる。そして、後者の見方はまったく正しいが、「社会的需要を一応満たしてきた」のは地番の境界の位置と所有権の境界の位置が原則的には一致するからである。その反面、その判決の事案のように取得時効が問題になれば地番の境界を確定する訴訟では社会的需要を満たすことができないことになるのである。このように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ことが重要であり、これを「法的思考への事実的発想の混入の問題」として捉えることは妥当ではないであろう。

三 しかし、他方では、氏が所有権境界説に重要な根拠を与える議論をしていることも確かである。氏は、境界確定訴訟が「所有権に基づく訴訟にほかならない」としても「当事者主義の厳格な適用を排除し、場合に依っては BGB 九二〇条に規定されているような解決をあたえることはやはり必要である。しかし、それは所有権に基づく訴訟における特則と考えるべきである。かかる特則が所有権に基づく訴訟において許されないと解すべきではない」と論じ、また「所有権に基づく訴訟が判定作用であり、境界訴訟が決断作用であるというのは説明として一応の説得力がある。しかしそれは論理的には不当である。異なった表現の可能性から、表現される内容としてのいわゆる実体の相違を導いているにすぎないのである。」と述べている。これらの議論は地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致する原則的な場合についていえばまったく正しいというべきであり、小室教授が境界確定訴訟は「境界線の非訟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」であると構成したように、地番の境界は非訟的に形成できるが所有権の範囲は確認されなければならないという考えに対する有効な批判たりうるものである。

氏は、この第三期において初めて所有権境界説を主張した。前節で見たように第二期の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、しかし、所有権関連否定説に依拠して地番の境界であると解した。また、同じく第二期の吾妻博士は取得時効により境界が移動すると論じたが、これは取得時効により所有権の境界のみが移動するとするのか、それともそれに伴って地番の境界も移動するとするのかは明らかでなく、それゆえ所有権境界説であると断定することはできないがその可能性はあった。その後、そ

のいずれの見解も注目されることなく、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であることが当然の前提とされてきた。しかし、高津氏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、所有権の境界であると論じた。ところが残念ながら、氏は通説・判例が地番境界説に立っていることを十分に認識し、それに対するアンチテーゼとして所有権境界説を主張するというものではなかったのである。¹⁵⁾

注

- (1) 高津幸一「事実認識から解放された法的判断」法学協会雑誌八五巻六号(昭和四三年)四一頁以下(五三頁)。
- (2) 高津・四〇頁、四一頁。
- (3) 高津・四一頁。
- (4) 高津・四一頁、四二頁。
- (5) 高津・五二頁。
- (6) 民集一〇巻二二号一六三九頁。
- (7) 民集三巻二二七〇頁。
- (8) 高津・判批・法学協会雑誌八六巻四号八九頁以下(九一頁)。
- (9) 高津「事実認識から解放された法的判断」四二頁。
- (10) 高津・五四頁。
- (11) 高津・前掲判批九一頁。
- (12) 高津「事実認識から解放された法的判断」五四頁。

(13) 高津・五四頁。

(14) 本稿(二)・琉大法学四六号四七頁。

(15) そのため、高津氏の説が所有権境界説であることはこれまで気づかれなかった。

第八款 所有権境界説(花田説)

一 昭和四五年に花田政道判事が発表した「土地境界確定訴訟の機能」というタイトルの論文も、高津氏の論文と同様、所有権境界説を主張するものであったが、高津氏は通説・判例は地番境界説に立っていることを十分に認識するには至らなかつたのに対し、花田判事はまさにこの観点から地番境界説に立つ通説・判例を批判し、これに対するアンチテーゼとして所有権境界説を唱えた。

判事は、「公法上の制度として土地登記簿が存在する——要するに公法上の土地区画が存在しているのである。これを公法上の土地と呼び、物権の対象である土地の区画による土地を仮に私権対象の土地と呼ぶとすれば、両者は、制度の沿革からみても、公示や徴税という目的から考えても、常に一致していることが望ましいわけであるけれども、現実には一致しているとは限らない。したがって私権対象の土地境界と公法上の土地境界とは觀念上も実際上も区別して考えなければならぬ。」として、「公法上の土地境界」、すなわち地番の境界と、「私権対象の土地境界」、すなわち所有権の境界を区別すべきであると説き、境界確定訴訟の対象たる境界はそのうちのいずれであるかというように問題を設定する。そして、大審院は所有権境界説をとっていたが、最高裁は地番境界説をとっていると、この判例の転換のきっかけは兼子博士の判例評釈であり、兼子博士は「訴訟物

は公法上の土地境界であるべきか私権対象の土地境界であるべきかを深く論議することなく、土地特定の用語に引かれて直ちに公法上の土地境界を対象と考え、その後の学説・判例もまた同様であったのが、転換を容易にしたのではないだろうか。」と述べている。

判事の議論のうち所有権境界説の論拠とされていると思われるものを挙げれば次のとおりである。 a 「訴訟当事者が問題にするのは公法上の地番と地番の境界ではなくて、土地の所有権（筆者の用語で言えば所有権対象の土地境界）であることは一般に認めることである（注（17）（村松説—玉城注）参照）。A説（地番境界説—玉城注）によれば、このような当事者にとっては、(イ)所有権対象の土地境界を明確にする訴訟は、所有権確認訴訟だけであり、したがって双方とも十分な立証ができない場合には境界を明確にする方法はない。(ロ)もっとも境界確定訴訟によって公法上の土地境界を確定させれば、その事実上の推定力が所有権確認訴訟の場合に有利に導くことがあり得る。ただし、そのような推定が働かない場合もあり得るから解決できるとは限らない。(ハ)いずれにしても境界確定訴訟によっては所有権の範囲についてはなんら既判力がないから、争いの解決のためには確定訴訟は意味がなく、確認訴訟との二重手間になる。(ニ)要するに、(ロ)の効果が期待できる場合と双方が公法上の境界をもって所有権対象の土地境界とする旨合意している場合以外は、境界確定の訴えは役に立たないのである。」 b 「公法上の土地境界は公権力である国の行政府が定めたものである。したがって不明である場合には国にその確定を求め、国の確定に不服があれば行政訴訟で争うべきものではないだろうか。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のである。これに対し、私権対象の土地境界はまさに私人間の民事訴訟の対象となる性格をもってしているし、当事者の訴求しているのも、この種の境界と考えられる。」 c 「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境界が明確でなければ

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。公示、徴税などの目的に照らして考えれば、地籍簿が私権の変動に対応すべきものであって、その逆ではない。その変動の届け出は私人の義務であるとしても、その基礎である公法上の境界を明確にするのは国が行うべきものである。」 d 「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。当事者の権利を証拠に基づいて確認するのではなく、裁判所の裁量的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へても事情に変わりはない。」⁽⁶⁾

以上が花田判事の論文の概要である。所有権境界説の論拠とされているものうち、b d は高津氏の議論と共通するところがあり、引用してはいないが花田判事の論文は高津氏の議論が影響を与えたものと思われる。しかし、花田判事の論文にあって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ことが境界確定訴訟の最も重要な問題として位置付けられていることが目立っている。この論文は非常に優れた論文であり、拙稿もこの論文に多くを負っている。それゆえ、私の立場からはこの論文の内容に基本的には賛成ということになるが、しかし、この論文から出発して考察を進めて、再びこの論文に立ち戻ると、この論文にもまったく問題がないわけではないことが明らかになったので、その点も含めて、この論文について掘り下げて分析することにしよう。

二 まず、大審院は所有権境界説をとっていたが、最高裁は地番境界説をとっているということはいはだいたい正しい。しかし、厳密に言えば、境界確定判決は所有権の範囲について既判力を生じないとしつついわゆる権利行使

説に立って境界確定訴訟の提起に取得時効中断効を認めた昭和十五年七月一〇日の大審院判決はすでに地番境界説に立っていたといふべきである。また、判例の転換のきっかけは兼子博士の判例評釈であり、兼子博士は「訴訟物は公法上の土地境界であるべきか私権対象の土地境界であるべきかを深く論議することなく、土地特定の用語に引かれて直ちに公法上の土地境界を対象と考へた」ということもだいたい正しいが、兼子博士の地番境界説は雫本博士などの所有権関連否定説や非訟理論も論拠になっていたことにも注意する必要がある。また、兼子博士よりも前に山田博士が地番境界説をとっていたことも前述したとおりである。

三 所有権境界説の論拠については次のとおりである。まず、aについては、村松判事が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を正しく認識し、ただその限界を突いている。ここに、そのような限界に照準を合わせて境界確定訴訟を再構成するということをしなかつた小室教授の所説との大きな差異がある。また、高津氏が当事者の所有権の範囲の争いの解決にとって地番の境界を確定する訴訟はまったく役に立たないかのように論じたのに対し、役に立つ場合もあることを認めた点で評価することができる。地番境界説に対する行き過ぎの批判は議論に無用の混乱をもたらすからである。このように、このaは地番の境界を確定する訴訟をその機能の面から批判したものととして、その方向は正しいといふことができる。しかし、それでもこの批判はまだ行き過ぎである。なぜなら、判事は、(二)において、「要するに、(四)の効果が期待できる場合と双方が公法上の境界をもって所有権対象の土地境界とする旨合意している場合以外は、境界確定の訴えは役に立たないのである。」と述べているが、第二款で詳論したように、確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいるというために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を主張・立証しなければならないのであるから、この限りにおいては地番の境界を確定する訴

訟は常に役に立つといふべきだからである。もっとも取得時効や境界の合意を主張すれば確定した地番の境界を越えて自己の所有権が及んでいると主張することができるのであるから地番の境界を確定する訴訟は当事者の所有権の範囲の争いの終局的な解決をもたらすものではないが、右の意味では常に役立つ。判事は当事者の所有権の範囲の争いの終局的な解決をもたらさないことをもって直ちに「役に立たない」とするようであるが、これは行き過ぎである。しかも、判事は「(ロ)の効果が期待できる場合」は当事者の所有権の範囲の争いの終局的な解決をもたらすとするようであるが、「(ロ)の効果が期待できる場合」か否かは境界確定訴訟自体において判明するとは限らず、むしろ後の所有権確認訴訟等で取得時効や境界の合意を主張・立証することができなかった場合が「(ロ)の効果が期待できる場合」ということになるのであるから、地番の境界を確定する訴訟は常に当事者の所有権の範囲の争いの終局的な解決をもたらすものではないといつてもよい。ただ、村松判事のようにいわゆる不適法説を採り、かつ訴訟要件具備の判断に既判力が生じると解すれば、その限りにおいて所有権の範囲の争いの終局的な解決をもたらすことになるにすぎない。このように地番の境界を確定する訴訟は常に役に立つのであり、これを一定の場合以外は役に立たないとすることは行き過ぎである。

しかし、この行き過ぎを花田判事のみの方に帰すことはできない。なぜなら、地番の境界と所有権の境界の関係を正しく理解するにいたらなかったことがこの行き過ぎた批判をもたらしたのであるが、村松判事自身、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かったことはすでに見たとおりである。(ロ)で「事実上の推定力」といっているのも村松判事の議論に従ったにすぎないのである。¹²⁵しかし、実は、花田判事は地番の境界と所有権の境界の正しい理解に達しかけていた。というのは、判事はこの論文の別の箇所の注で次のように述べているからである。「理念としては、私権対象の土地境界は時効取得や当事者の合意などによって、公示され

なくとも、流動するものであるのに対し、公法上の土地境界は客観的の固かな動かないものである。理念上は、両者の背理は流動する私権対象の土地の境界変化を分筆、合筆などによって公法上に反映させなかった場合に生じることになる。¹⁸⁾「ここにはまさに地番の境界と所有権の境界の關係が正確に表明されており、私見はまさしく花田判事のこの叙述に負っているのである。ところが、花田判事は引き続き次のように述べている。「しかし、公法上の地籍簿の現状は理想とはほど遠い。土地登記簿の地籍記載と実測との間に相当な差異があることは周知の事実であり、またいわゆる公図(旧土地台帳の付属図面)も実測と合致せず、これに変わる図面もない状態であって、極論すれば略図面に地番を付したに近い。公法上の土地境界が明確でなければ、これと私権対象の土地の境界との差異も明確になり得ないわけである。」¹⁹⁾はっきりはしないが、花田判事は、「理念上は、両者の背理は流動する私権対象の土地の境界変化を分筆、合筆などによって公法上に反映させなかった場合に生じる」が、「公法上の土地境界が明確でなければ、これと私権対象の土地の境界との差異も明確になり得ない」ため、実際にはそのようにはならないとするものようである。しかし、地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しているか否かということが一見して明らかか否か、ということ、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何かということとはまったく別の問題であり、地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しているか否かということが一見して明らかでなくても、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取得時効や境界の合意であることには違ひはないはずである。ふたつの問題の混同が地番の境界と所有権の境界の正確な理解を妨げ、地番境界説の問題点的確な把握を妨げたことは遺憾である。

四 次に、bについては、判事は正しい理解に達することができなかったところの地番の境界と所有権の境界の關係からすれば、このように地番の境界の公法的な性格を理由に民事訴訟の対象にならないというのはあまり適

当ではない。むしろ、所有権の境界と位置が一致するとは限らない地番の境界を確定することに当事者はいかなる利益を有するかということの問題とすべきであった。

次に、cについては、適法説に立つ小川判事が「将来、登記をする場合、地番と地番の経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。」と述べたのに対する反論という意味をもつ。仮に分筆・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ためには境界確定訴訟によって地番の境界を確定する必要があるとすれば、不適法説のみならず所有権境界説も反省を迫られることになる。花田判事がそのような場合、地番の境界を確定することは当事者間の訴訟で行うべきことではないとしたのは正しいが、現在の所有権の範囲を登記簿に表すためであっても所有権の境界と位置が一致しない地番の境界の正確な位置を争う利益は当事者にはないということの主たる論拠とすべきであった。

最後に、dはそのこと自体はまったく正当である。ただし、だからといって所有権の境界を確定する訴訟を形式的形成訴訟と解すべきであるということにはならない。とりわけ、判事においては境界確定訴訟の法的性質を形式的形成訴訟と解することが、境界確定訴訟は「境界確認の立証が不可能ないしははなはだしく困難なために、境界が不明である場合に限^⑩」って認められるという帰結をもたらしているようである。もっとも、判事はこの帰結でよしとしているのではなく、「『土地所有権確認の訴えが当事者双方から提起され、かつ確証が得られない場合は、裁判所は条理に従って境界を確定しなければならない』旨の立法がなされたと同旨の結論は得られないだろうか。」として、ひとつの訴訟で当事者の所有権の範囲の争いを十分に解決すべくその構成に苦慮している。境界確定訴訟の法的性質について発想の転換が必要であると思われるが、本稿ではこれには立ち入らない。花田判事の論文は当時の学説・判例の状況からすれば非常に優れた論文であるが、以上述べたような問題もあるこ

とを認識することはその後の学説の流れを理解するためにも必要なことである。

注

- (1) 花田政道「土地境界確定訴訟の機能」不動産法体系Ⅴ(昭和四五年) 一一六頁以下(一一七頁)。
- (2) 花田・一二九頁。
- (3) 花田・一二七頁。
- (4) 花田・一二八頁。
- (5) 花田・一二九頁、一三〇頁。
- (6) 花田・一二八頁。
- (7) 花田判事は、その他、次のようなことも所有権境界説の論拠としているようである。すなわち、判事は「仮に公法上の土地境界を明確にすること自体に実益を感じるとすればどうなるであろうか。」と言いながら、不適法説はあまり役に立たないと論じている(花田・一二七頁)。しかし、不適法説をとる村松判事は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のであり、地番の境界を明確にすること自体に実益を認めないはずである。だからこそ不適法説をとるのである。それゆえ「仮に公法上の土地境界を明確にすること自体に実益を感じる当事者がいるとすればどうなるであろうか。」と言うのであれば、不適法説ではなく適法説を問題にしなければならぬ。そして適法説においては判事も認めるようであるように、そこで述べているような不都合は生じない。それゆえ、そこで述べているような不都合ではなしに、当事者の所有権の範囲とは離れて「公法上の土地境界を明確にすること自体」に実益があるとしても、それは○の点に限られることを明確に論じるべきであった。

(8) 実には、通説に立つ奥村正策判事の議論が花田判事にとっておおいに参考になったと思われるが、これについては後に述べる。もっとも花田判事は奥村判事の論文を引用していないので定かではない。

(9) 本稿(二)・琉大法学四六号四六頁。

(10) 同三三頁以下。

(11) 同三三頁以下。

(12) 村松・前掲七一頁は「強い推定力」と言っている。

(13) 花田・一二〇頁注(1)。

(14) 花田・一二〇頁注(1)。

(15) 花田・一二〇頁。

(16) 花田・一二九頁。

第九款 所有権境界説(宮川説)

一 宮川種一郎判事は、「境界確定訴訟の再評価」というタイトルの論文において、取得時効の成否は境界確定訴訟における境界確定とは関係がないとした昭和四三年二月二二日最高裁判決について、「恐らくこの判決は、ここで対象とする境界は、当事者間だけの変動によって生じた境界を指すのではないというのであるが、当事者は、その境界こそ、訴訟で確定を求めているのだと言え、結局この裁判は、当事者の申立の趣旨とかけ離れた事柄を裁判したに過ぎないのではないかという前述の批判は恐らく回避できないのではないだろうか。」とし、

また、「境界訴訟の解決に、現実にも最も重要な働きをしている『和解』の境界に対する合意的効力を、表向きにはどうしても否定しなければならぬ(村松及び奥村前掲)」という不合理さともなって現われる。これなど、実務家のわれわれの感覚から言って、容易には承服できぬ事態である。³⁾として、通説・判例を痛切に批判し、「境界訴訟の実態より見て、境界主張には、殆どすべて、所有権の裏付けがあり、その所有権は私法的所有権、従って境界は、私法的に画された——所有権の範囲と理解するのが、最も素直で、自然である。それは、一筆毎の、公的に認定、区画されたものに限定されねばならぬ何等の必要もない。公的な一筆への修正は、別に、必要に応じてやればよい事柄である。」と論じた。このように宮川判事は所有権境界説を採る。引用はしていないが、高津氏、花田判事の議論が影響を与えたものと思われる。

二 宮川判事はこのように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が、当事者の間にそのような所有権の境界が存在するのであっても、なお当事者適格があるか否かを問題にし、いろいろな場合についてそれを検討する。そして、当事者適格の欠缺を理由に訴えを却下すべき場合があるとす。それは被告の取得時効の抗弁が認められたような場合である。³⁾地番境界説の内部で適法説と不適法説が対立していることはすでに見たとおりであるが、判事は所有権境界説を採りながら、訴えを不適法とすべき場合があるとするのである。そうすると、その場合は当事者の所有権の範囲の争いは境界確定訴訟によって解決されないということになる。判事の意図は地番境界説の中の不適法説を念頭においてそれとの比較において自説によれば多くの場合は訴えは適法であることになると主張することにあるのであるが、この意図はともかくとして、このように当事者の所有権の範囲の争いが境界確定訴訟によって解決されない場合があるとすることは当事者の其の紛争は所有権の範囲の争いであるという立場から所有権境界説を採ることと矛盾することは明らかである。判事の論拠は境界の確定は係争

地の形成的な配分作用により実現されるが、被告が取得時効などにより係争地全部の所有権を取得すれば原告の所有権は係争地にはまったく存しないことになるからということにあるが、訴えを不適法とすべき場合があるとする判事の見解は不当であるといわねばならない。判事は地番境界説内部の議論に引きづられており、遺憾である。

三 なお、判事は境界確定訴訟の法的性質は係争地の所有権確認訴訟のような確認訴訟ではないという立場に立ち、このことを詳論しているが、これについては本稿では触れない。ただ、このような立場から、現在の通説・判例は所有権の境界を所有権自体から区別する法的視点を掴みえなかったために生じたと論じている点にはここで異議申し立てをしておく。なるほど、後述するように、所有権境界説に対する反論としては、所有権の境界を非訟的に形成することはできないという議論がすでに出ていたが、しかしながら、兼子博士や村松判事が地番境界説を採ったの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せずに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であることは詳しく見たとおりであって、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たが、所有権の境界を所有権自体から区別する法的視点を掴みえなかったためではないのである。

四 それとはもかくとして、花田判事、宮川判事の地番境界説はその後、何名かの論者の支持するところとなった。

注

(1) 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(昭和四七年)四九頁以下(五三頁)。

(2) 宮川・五三頁。

(3) 宮川・五四頁。

(4) 宮川・五六頁、五七頁。

(5) もっとも、花田判事も境界確定訴訟の対象を「所有権の土地境界」とする立場でも境界確定訴訟が許されるのは「公法上の土地境界が不明であるために所有権、境界も不明の場合に限られる。」(花田・前掲二二〇頁のB3説)とする考えもありうるが自分はこれを採らないとしており(花田・一二八頁)、地番境界説の議論に引きつけられている。

(6) なお、宮川「境界確定手続の純化について」吉川追悼・手続法の理論と実務上巻九三頁以下は境界確定訴訟の法的性質についてさらに詳細に論じている。

(7) 宮川・五三頁、五四頁。

(8) 飯塚重男「境界確定訴訟」新版・民事訴訟法演習Ⅰ二二〇頁以下、小川英明「境界確定訴訟」藤田耕作Ⅱ小川英明編・不動産訴訟の実務(昭和五三年)三三三九頁以下、林・前掲。松浦馨「不利益変更禁止の原則」セミナー法学全集民事訴訟法(昭和四九年)一三三六頁以下もこの立場か。

なお、理論構成には至っていないが通説・判例に批判的なものとして、萩大輔・判批・ジュリスト四三三三号(昭和四四年)一〇〇頁以下、山本政敏「境界確定訴訟の現状と実務」自由と正義三三卷一三三三頁以下などがある。

第十款 二種類説(佐々木説)

一 花田判事の論文と同じ頃、佐々木平伍郎教授は、「境界確定の訴の性質について」というタイトルの論文に

おいて、境界確定訴訟には二種類があるという独特の説を唱えたが、この説にもふれておく必要がある。教授はこの説を、後に、「土地境界確定訴訟」というタイトルの論文でも再論しているが、後者において教授の見解が要約されているので、それを見ることにしよう。

教授は言う。

「このように考えてくると、以上のように学説が分かれるのはなぜかが問題になるのであるが、これについては、つぎの指摘が可能であろう。すなわち、境界確定訴訟における境界とは何かが根底にすえられなければならない。そして、それについては、二つの態様に分かつことができよう。一つは、公法的境界、一つは私法的境界とでも称すべきものがそれである。

おもうに、もともと土地は一個の物体であって、自然的状態においては、何の区画線もないはずである。しかし、それを複数の人間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ように再構成しなければならない。このために、明治初年の地租改正のさいに土地の区画を明らかにしてそれに地番を付し、かくて地番と地番の間の境界が生まれたことは周知の通りである。この意味での境界を裁判所に認定してもらうことが市民生活にとって有用であることは、経験上明らかである。そして、そこで確認される境界は、私的生活関係における所有権の範囲と異質なので、その限界と設定される境界線が一致しなければならない論理的必然性もまたない(かくて、かかる境界を公法的境界ということができる)。しかし、かかる境界線に圍繞された土地の一部についても、有効に所有権が成立することもまた明らかである。そして、この場合には、右の意味の境界と異なる所有権の範囲の限界としての境界が生まれることになる。そして、この意味での境界を確定してもらう必要があることは、もし反対に解せんか、一筆の土地の一部を時効取得した場合の時効利益の保全ができ

ないことによっても明らかである。

このような二つの態様の境界があるとすれば、境界確定訴訟についてもまた二つの態様があることとなる。すなわち、その一つは、所有権その他の実体的法律関係を何ら問題とすることなく、たんに境界を確定することを求める場合であり、一つは、それを前提して、その論理的結果としての境界の確定を求める場合である。そして、右の二つの態様を分かち契機となるものは、当事者の意思の合理的な解釈の結果にほかならない。

そして、そのおのおのについての訴訟法的法律関係について簡単に付言すれば、つぎの通りである。

第一の態様については、所有権等に関する裁判所の判断を当事者が意図せず、したがって、理論的には、その確認を別訴で求めることができるのであるが、しかし、当事者の意思を合理的に推測するに、このような態様を選択したのは、当事者間に所有権等に関する争いが無いからにほかならず、したがって、右のような帰結を認めたとしても、所有権等に関する別訴確認による紛争のむし返しは、さまで問題にならないのである。

第二の態様については、境界線がどこにあるかが既判力をもって確定されるにとどまり、その前提となる所有権等は、既判力の範囲外におかれるのであるが、この場合にも、その論理的前提となる実体法上の法律関係は、裁判所による十分な審理を経由するので、この点についての別訴確認を求めることは、訴訟経済に反するばかりでなく、前後にわたり、裁判所の判断の抵触が予想される意味では、法的安定性に資する所以でもないのである――。

かくて、境界確定訴訟については、形成的性格を有する場合と、確認的性格を有する場合との二つがあることになるが、後者の場合はもちろん、前者の場合も、暗黙に「争いが無い」という形で、実体法上の法律関係が予定されるのであって、この意味では、以上のいずれの場合においても、境界は、法的表象であることになる（高津「事実認識から解放された法的判断」法学協会雑誌八五巻五号・六号は、境界確定訴訟については、論理的過程

は私見と異なるが、その基盤は同様である）。

以上のように解さなければならぬ理由—それは、境界確定訴訟の名のもとに当事者の合理的意旨を十分に保全し、あわせて、紛争解決の実を可及的に確保しようとするにあることは、もはやいうまでもなからう。^②」

このように、教授は、境界確定訴訟には、「公法的境界」を確定する訴訟と、「私法的境界」を確定する訴訟の二種類があるとする。このように対象の異なる二種類の境界確定訴訟を認めるのであるから、本稿では教授の説は地番境界説と所有権境界説のいずれでもなく二種類説として特別な位置付けをするのが適当である。^③

二ところで、「公法的境界」が地番の境界であることはいうまでもないが、「私法的境界」が本稿でいう所有権の境界と同じかというところではないようである。なぜなら、教授は公法的「境界線に囲繞された土地の一部についても、有効に所有権が成立することもまた明らかである。そして、この場合には、右の意味の境界と異なる所有権の範囲の限界としての境界が生まれることになる。」と述べているので、「公法的境界」と位置が一致しない所有権の範囲の限界のみを「私法的境界」としているからである。ということとは、「公法的境界」と位置が一致する所有権の範囲の限界は「私法的境界」には当たらないのであり、教授のいう「私法的境界」は本稿でいう所有権の境界の全部ではなく一部を意味することになる。他方、教授は、「公法的境界」を確定する訴訟は「所有権その他の実体的法律関係を何ら問題とすることなく、たんに境界を確定することを求める」ものであるとする。すなわち、教授は、地番の境界を確定する訴訟については通説が境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲を確認する訴訟ではないとすることをそのまま承認するのである。これらのことから、教授の説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所有権の範囲の限界を「私法的境界」と呼び、これの確定を求める訴えも認めるという説であるということが出来る。

三 さて、教授がこのような説を唱えた理由は、「境界確定訴訟の名のもとに当事者の合理的意思を十分に保全し、あわせて、紛争解決の実を可及的に確保しようとするにある」、と言う。しかし、これは、「公法的境界」を確定する訴訟しか認めない通説に対し、「私法的境界」を確定する訴訟をも認めた理由である。我々が関心をもちるのは、通説のいう境界確定訴訟も認め、それと「私法的境界」を確定する訴訟とを境界確定訴訟の二つの態様とした理由は何かということである。これについては教授はふれていないが、おそらく、通説は取得時効が成立したような場合に不都合が生じるので、その場合のために、別に、「私法的境界」を確定する訴訟を認めれば足りるというのであろう。それ以外には教授が通説のいう境界確定訴訟も依然として認めた理由は考えられない。しかし、はたして、通説のいう境界確定訴訟とは別にそのような「私法的境界」を確定する訴訟を認めれば事足りるであろうか。これは次に述べるようになおいに疑問である。

たとえば、ア 原告が取得時効の成立を主張して「私法的境界」を確定する訴えを提起したところ、裁判所は取得時効の成立を認めないということがありうる。その場合、「公法的境界」と位置が一致しない所有権の範囲の限界であるところの「私法的境界」は存しない。それゆえ、その場合、訴えは却下する以外にはないのである。むろん、原告が「公法的境界」を確定する訴えに訴えを変更すればよいのであるが、取得時効の成立を主張している原告にそれを期待することはできない。このように訴えは却下されるということになると紛争は解決されないことになる。イ また反対に、原告が「公法的境界」を確定する訴えを提起したところ、被告が取得時効の成立を主張し、裁判所が取得時効の成立を認めるということがありうる。そうすると、「公法的境界」が当事者の所有権の範囲を画していないことになるので不適法説を採れば訴えは却下されるということになり、適法説を採って本案判決をしても、それにより当事者の所有権の範囲の争いは解決されない。むろん、原告が「私

法的境界」を確定する訴えに訴えを変更すればよいのであるが、取得時効の成立を争っている原告にそれを期待することはできない。教授は、「公法的境界」を確定する訴えについて、「このような態様を選択したのは、当事者間に所有権等に関する争いがないからにはかならずないと言うが、そうは言えまい。ウ また、あるいは被告は境界確定訴訟では取得時効の成立を主張せず、「公法的境界」が確定された後に、取得時効の成立を主張して所有権確認訴訟を提起することもないとは言えない。」

このように、境界確定訴訟に「公法的境界」を確定する訴えと「私法的境界」を確定する訴えの二つの態様を認めれば事足りるというわけにはいかない。教授が、通説たる地番境界説を批判して境界確定訴訟を再構成しようとしたことは評価することができるが、この二種類説には基本的に以上のような疑問がある。教授は、「境界確定訴訟における境界とは何かが根底にすえられなければならない」としながらも、通説のいう境界確定訴訟とは別にそのような「私法的境界」を確定する訴訟を認めれば事足りると考えたために、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、そのうちのいずれなのかというように問題を設定するには至らなかったのは遺憾である。

四 ちなみに、教授のいう「私法的境界」は村松判事が「付論 境界確定の訴え」で述べた「同一地番内の所有地の境界」を彷彿させる⁶⁾。また、教授が境界確定訴訟に二種ありとし、「その一つは、所有権その他の実体的法律関係を何ら問題とすることなく、たんに境界を確定することを求める場合であり、一つは、それを前提して、その論理的結果としての境界の確定を求める場合である。」としたのは、境界確定訴訟には単に境界のみに不明もしくは争いある場合のそれと、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第一期の判例を彷彿させる⁶⁾。ところが、「私法的境界」を確定する訴訟における判決に

ついでまでも、教授が、「境界線がどこにあるかが既判力をもって確定されるにとどまり、その前提となる所有権等は、既判力の範囲外におかれる」とするのは境界確定訴訟に二種ありとする判例と異なる。この点については、第一期の所有権関連否定説を彷彿させるが、理解に苦しむ。これらが教授の所説の形成に影響を及ぼしたか否かは明らかでないが、これらの問題はすでに述べたとおりである。

注

(1) 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)(昭和四五年)一〇八頁以下。

(2) 佐々木「土地境界確定訴訟」演習民事訴訟法上(昭和四八年)二四〇頁以下(二四五—二四七頁)。

(3) 村松・前掲五三頁、畑郁夫「境界確定訴訟」法学教室三七号七四頁注(18)は佐々木教授の説を小室教授の説に近いものとして整理しているが適当ではない。佐々木教授は小室教授の説を「当事者が境界を問題にしているのに、判決によって境界線の確定と同時に相隣者の所有権の範囲が確定されることを訴訟法上の必然となしうるのかどうかが問われてよい。」と評している。佐々木「土地境界確定訴訟」二四五頁。

(4) 札幌地判昭和五二年二月三日はこのようなケースである。もっとも所有権確認訴訟を提起したのは境界確定訴訟の原告だった者が被告だった者かは不明である。

(5) 前述第二款参照。

(6) 本稿(一)・琉大法学四五号一二六頁以下参照。

(7) 本稿(一)・琉大法学四五号一二六頁以下、一二八頁以下参照。