

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（二）

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/20.500.12000/2168

境界確定訴訟の対象たる境界とは何か (二)

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 大正二〇年六年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 (以上本号)

第四節 第三期

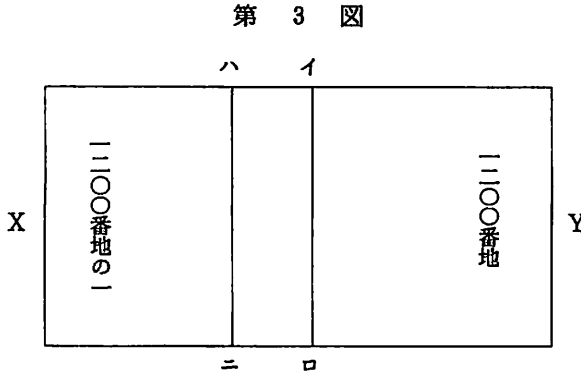
第五節 ドイツ法の及ぼした影響

第六節 要約

第二章 私見

第三款 大正一〇年六月八日大審院判決および山田説

本稿の(一)において、私は境界確定訴訟の対象たる境界をめぐる学説・判例の時代区分として、大審院時代を、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の出現前と、同判決の出現後に分け、それと最高裁になってから、という三期に分けた。そのうち第一期と第二期の区分については、昭和九年の大審院判決の出現前には学説は第1図の場合のみを念頭においていたので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い自体が成り立たなかったととらえたことがその理由であった。しかし、この理解は誤っていた。なぜなら本稿の(一)で紹介した大正一〇年六月八日の大審院判決に対する山田博士の判例評釈は地番境界説の中の不適法説を主張するものと見ることができるところである。それゆえ、時代区分としては昭和九年の大審院判決の出現の前後ではなく、大正一〇年の大審院判決の前後で区切るのが適当であったともいえる。私がこのようなミスをしたのは、右の山田博士の判例評釈の存在を看過したためである。こうなった以上、本稿の読者に私の誤りをお詫びするとともに、大正一〇年六月八日の大審院判決を再び取り上げて分析し、山田博士の判例評釈について詳細に検討するということをしないわけにはいかない。ただ、幸いなことに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が所有権の境界かという問題を自覚して論じているわけではないし、また地番境界説の論拠を示しているわけでもない。そういう意味では前に行った時代区分を変更する必要はないともいえる。そこで、とりあえず本稿では前に行った時代区分を維持することにし、ただ本款を付加することにした。読者の御海容をお願いする次第である。



一 大正一〇年六月八日大審院判決の事案を上第3図で説明すれば次の通りである。Xは二二〇〇番地の一の土地と二二〇〇番地の土地(いずれも山林)を所有するYの先代より二二〇〇番地の一の土地を買受けたが、その際、両地の境界として現地でハニ線を指示され引渡しを受けた。しかし後に、Xはハニ線は二二〇〇番地の一の内に存し二二〇〇番地の一と二二〇〇番地の境ではないとして、Yを相手取って境界確定の訴を提起した。原審判決は、本件売買の際にYの先代が現地でハニ線を指示したのは両地の境界につき確固たる信念がないために仮りにその線を両地の境界としたのであって、証拠からすると本件売買はハニ線により区画された土地についてなされたのではなく、二二〇〇番地の一の土地全部についてなされたものである、としてXの主張する線に近いイロ線を境界として確定した。Yは本件売買が二二〇〇番地の一の土地全部についてなされたとする点を争うとともに、イロ線を境界として確

注

(1) 琉大法学四五号一三二頁。

(2) 戦後の文献でこの山田博士の判例評釈についてふれたものは私の知る限り皆無である。

定したことは次の理由により違法であるとして上告した。すなわち、本件は売買が一二〇〇番地の一の土地全部についてなされたのか、それともハニ線により区画された土地についてなされたのが争点であるので、Xが訴えを起こすならまだ引渡しを受けていない地域について所有権確認の訴なり引渡請求の訴を起こすべきであって、単に一二〇〇番地の一と一二〇〇番地の界線のみを確定を求めて訴を起こしたのは失当である。なぜなら、「境界ノ確定訴訟ハ相隣地ノ界線ノミヲ確定スル効力ヲ有スルニ止リ相隣地ノ所有権其モノヲ確定スルノ効力ハ之レヲ有セサルモノト解スヘキカ故ニ境界ノミヲ確定ヲ求ムル訴ハ相隣地ノ所有権ニ争アル場合ニ於テハ之ヲ許スヘキ実益ナキモノト解スヘケレハナリ」すなわち本件において、一二〇〇番地の一と一二〇〇番地の境界を確定しても、売買の目的物いかんの争いは依然として残り、その争いの解決いかんによっては本件境界確定訴訟は全然無益に帰するものといわねばならないからである、と。

大審院は次のように判示してYの上告を案却した。本件はXは一二〇〇番地の一の土地全部を買受けたとしてイロ線に近い線を境界と主張するのに対し、Yは先代がXに売渡したのはハニ線で区画された土地であるのでハニ線が両地の境界であると主張したのでXが本訴を提起したものであり、それゆえ本訴は土地の所有権の範囲につき争いがあり、この争いある所有権を基本として両地間の境界の確定を求めるものであることは明らかである。「而シテ斯ノ如ク争アル所有権ヲ基本トシテ経界ノ確定ヲ求ムル訴訟ニ於テ裁判所カ言渡ス判決ハ両隣地間ノ経界ヲ定ムルト同時ニ相隣者ノ所有権ノ範囲ヲ確定スルモノナルニヨリ他日更ニ所有権ノ範囲確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルハ当院判例ノ認ムル所ナリ(大正三年(オ)第二九五号同四年五月十五日第三民事部判決参照)」それゆえ、原審判決には無益な訴えを許容したという違法はまったくない、と。

二 さて、Yの上告理由は次のように理解することができる。①境界確定判決は所有権の範囲を確定する効力は

生じない。②本件では売買の目的物いかにんについて争いがある。③それゆえ、後に所有権確定訴訟などでハニ線がXY間の所有権の範囲を画しているとされる可能性がある。④もしそうならば本件境界確定訴訟でイロ線を境界として確定したことは全然無益になるので、本件境界確定訴訟は許されない、と。

このうち、③は境界確定訴訟で境界として確定されたイロ線は当事者の所有権の範囲を画しているとは限らないことを前提にしている。ということは境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界と位置が一致するとは限らないところの地番の境界であることを前提にしているといえることができる。このようにYの上告理由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つつ、しかし、後に所有権確認訴訟などでイロ線以外の線がXY間の所有権の範囲を画しているとされるならば境界確定訴訟は全然無益だったことになるので許されないというのである(④)。それではなぜ後に所有権確認訴訟などでイロ線以外の線がXY間の所有権の範囲を画しているとされる(④)。それではなぜ後に所有権確認訴訟などで行われると境界確定訴訟は全然無益だったことになるのか。それ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と考えためであろう。後述するように地番境界説に対する批判は地番境界説によれば境界確定訴訟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いう点に集中しているのであるが、Yの上告理由は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たうえで、まさにこの観点により境界確定訴訟は許されないと論じているのである。もっともYの上告理由は境界確定訴訟は常に許されないというのではなく、本件では売買の目的物について争いがあり、後に所有権確認訴訟などでハニ線がXY間の所有権の範囲を画しているとされる可能性があるから許されないという(②)(③)。しかし、売買の目的物について現在争いがなくても、将来争いが生じないとは限らないのであるから、本件のように現在すでに売買の目的物について争いが生じている場合のみについて境界確定訴訟は許されないとすることはできないはずである。より一般的に

い、地番の境界の位置と所有権の境界の位置は一致するとは限らないことは常にいえるのであって、現在すでに一致するか否かの争いが生じているか否かは関係がないので、境界確定訴訟は常に許されないとしなければならぬはずである。それゆえ、本件のような場合のみ境界確定訴訟は許されないとする点は誤りであるが、当事者の所有権の範囲の争いの解決にとって無益かも知れないことを理由に地番の境界を確定する訴訟は許されないと論じたことは注目に値する。なお、Yの上告理由では①と②が③を導いているが、①は所有権関連否定説とテーゼを同じくする。これは所有権関連否定説から地番境界説が導かれていることを意味しよう。

三 これに対し、大審院判決は次のように整理することができる。①本件は売買の目的物いかにつき争いがあるためにXが本訴を提起したものである。②それゆえ本訴は争いある所有権を基本として境界の確定を求める訴訟であり、判決は当事者の所有権の範囲を確定する。③それゆえ本訴は無益ではない、と。

このうち①と②は大審院は本件境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界であると解していることを示している。なぜなら、①で本件はXは一二〇番地の一の土地全部を買受けたとしてイロ線に近い線を境界と主張するのに対し、Yは先代がXに売渡したのはハニ線で区画された土地であるのでハニ線が両地の境界であると主張したので、Xが本訴を提起したものであり、それゆえ本訴は土地の所有権の範囲につき争いがあり、この争いある所有権を基本として両地間の境界の確定を求めるものであることは明らかである、と言っていることは、仮りに売買がハニ線で区画された土地についてなされたのであればハニ線を境界として確定すべきであるとする趣旨であることは明らかで、これは本訴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ことを意味している。また、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判決に所有権の範囲についての確定力を認めることは背理であるので、②で本訴の判決は所有権の範囲について確定力を生じるとしていることは、

本訴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ことを意味しているからである。境界確定訴訟の対象たる境界が所有権の境界であれば、境界確定訴訟はまさに当事者の所有権の範囲の争いを解決することになるので、境界確定訴訟が無益であるということにはならないのは当然である(③)。

ところで、大審院は境界確定訴訟の対象たる境界は常に所有権の境界であるとしたのではないことは②より明らかである。前款でのべたように、第一期の判例の中には、境界確定訴訟には、A 単に境界のみに不明もしくは争いある場合のそれと、B 境界に争いあると同時に所有権の範囲に争いある場合のそれ、の二種があるとするものが存した。その最初のものが本判決の引用する大正四年五月一五日の大審院判決である。本判決もこのような裁判例に属し、本判決は本訴はBであり、Bでは対象たる境界は所有権の境界であるとしたことになる。

それでは本判決はAにおいては対象たる境界は地番の境界であるとするのであろうか。本判決はこれにつき明言しているわけではないが、そのような趣旨と読むことができる。しかし、Aにおいては対象たる境界は地番の境界であるとする、後に所有権確認訴訟などでその確定された境界とは別の線で当事者の所有権の範囲が画されているとされると境界確定訴訟は無益だったことになるので、境界確定訴訟は許されないのではないかが問題となる。Yの上告理由は売買の目的物について現在争いがあるから境界確定訴訟は許されないとするものであったので、本判決はどのように売買の目的物について争いがあるときは二種の境界確定訴訟のうちのBであり、ここでは対象たる境界は所有権の境界である、と答えれば足りたのであるが、売買の目的物について現在争いがないくても、後に所有権確定訴訟などで別の線で当事者の所有権の範囲が画されているとされることはあるので、やはり右のことが問題となる。

確かに理論的にはこのことは問題となるが、しかし実際に問題となることはないであろう。なぜなら、境界確

定訴訟に二種ありとする判例は本判決も含め全部で七件出ているが、そのうち三件は当該の事件はBであるとし、四件は当該の事件がAかBかについてはふれず、そのいずれであっても問題となっていないことがらについては差異を生じないとしたものであって、当該の事件がAであるとしたものは一件も存しないのであり、このことは、Aの場合、すなわち所有権の範囲については争いがなく単に境界のみに争いがあるという場合が実際に存するとはこれらの判例もつきつめては考えていないことを意味するように思われるからである。すなわち、境界確定訴訟に二種ありとする議論は所有権関連否定説に正面からぶつかることなくこれを否定しようとしたものであって、二種の境界確定訴訟のうちの一種であるAは多分に想像上のものであったということである。

このように見ると、本判決は二種の境界確定訴訟のうち実在するBについて所有権境界説をとったものであり、後の昭和九年の大審院判決はまさしく本判決に続くものであるということになる。

四 本判決については所有権関連否定説にたつ山田正三博士と、同じく加藤正治博士が判例評釈を書いているが、まず山田博士の判例評釈について見てみよう。

所有権関連否定説は境界確定訴訟に二種ありとはしない。そして判例のいう二種の境界確定訴訟のうちBは境界確定訴訟と所有権確認訴訟の併合にはかならないとする。このような立場に立って、山田博士は、本件境界確定訴訟は境界確定訴訟と所有権確認訴訟の併合ではなく単純な境界確定訴訟のようだとしたうえで、本判決について次のように言う(引下の引用文で甲線とは第3図のイロ線を、乙線とは第3図のハニ線を指し、乙線以东とは第3図のハニ線より左側を意味する)。

「上告人ノ之ニ対スル立場トシテハ(第一)被上告人ノ所有権ノ範囲カ乙線以东ナルコトノ中間確定ノ反訴ヲ提起シ、又ハ(第二)被上告人ノ所有権ノ範囲ハ乙線(当事者間争ナキ)以东ニシテ被上告人ハ甲線ノ確定ヲ求ム

ルノ適格ヲ有セス(從テ其訴ハ理由ナシ)ト主張シ得ヘキナリ、上告人ハ其孰レノ方法ヲモ採ラスシテ其經界カ
 甲線ナリヤ乙線ナリヤ當事者間争アリ從テ土地所有權ノ問題ナリト抗争シタリ、然レトモ何ニ付キ判決ヲ要求ス
 ルヤハ専ラ原告ノ訴ノ申立ニ依リテ定マリ當事者間争ノ有無即チ被告ノ抗争アルカ為メ影響ヲ受クヘキモノニ非
 サルカ故ニ、上告人ノ比ノ抗争ハ攻撃ノ標的ヲ外ツレタルモノト謂ハサルヘカラス、原審判決カ經界ヲ確定シ被
 上告人カ甲線(其確定ヲ要スル)以東ノ山林ノ所有權ヲ有スルコト……ヲ単ニ理由中ニ於テ裁判シタルハ正當
 ニシテ、大審院カ之レヲ是認シ上告ヲ棄却シタルハ寔ニ正當ナリト謂フヘキナリ、唯大審院カ經界確認判決ニ所
 有權確認ヲ包含ストナスヲ理由トナシタルヲ遺憾トス(仮リニ其所謂所有權確認ヲ包含ストナスノ趣旨ニシテ經
 界確認判決ニ依リ土地所有權ノ範圍モ亦間接ニ決セラルルノ結果ヲ生スルコトヲ云フモノナリトスルモ、是レ單
 ニ經界確認ノ判決ノミヲ求ムルト所有權確認並ニ經界確認ノ判決ヲ併セ求ムルト實際ノ結果ニ於テ大差ナキヲ謂
 フモノニシテ上告論旨ニ對スル理由トシテハ當ラス孰レニシテモ不當ナリ)と、と。

五 さて、山田博士の右の所説が地番境界説であることは、Yとしては、①Xの所有權の範圍はハニ線までであ
 ることの中間確認の反訴を起こすか、②Xの所有權の範圍はハニ線までであるので當事者適格を有しないと主張
 することができる、としていることにより明らかである。なぜならXの所有權の範圍がハニ線までであるなら、
 それは所有權の境界がハニ線であるということであり、それと一致しないイロ線は地番の境界であるからである。
 もっとも、本件においては裁判所はXの所有權の範圍はイロ線までであると判断しているので、右の①と②のい
 ずれも目的を達することはできないことになるが、Yの対処の仕方としてはそもそも①と②しかなかつたという
 趣旨であらう。

ところで、現在の通説である地番境界説は、地番の境界の位置と所有權の境界の位置が一致しない場合、境界

を接する隣地所有者とおしという境界確定訴訟の当事者適格を欠くことにならないかで、不適法説と適法説が対立していることは前述したが、右の②はまさに不適法説を主張するものである。右の①はXの本訴もYの反訴もともに成功することもありうるようにも読めるが、②との関係により、Yの反訴が成功するときはXの本訴は当事者適格を欠くことになる、という趣旨と解さなければならない。

このように山田博士は地番境界説の中の不適法説を主張しているものであり、こ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問題についての学説上の最初の発言である。しかし、山田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ているわけではなく、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ていることを看過してはならない。すでに見たように大審院判決は本訴の対象たる境界を所有権の境界と解している。それゆえ、山田博士の立場では当然この点についてコメントがあつてしかるべきであるが、山田博士は大審院判決が境界確定判決には所有権確認も含まれているとしたのは遺憾であるとのべるにとどまっており、これは山田博士は大審院判決が本訴の対象たる境界を所有権の境界と解していることに気づかず、大審院判決も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ているものと誤解しているためであると思われる。その誤解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山田博士が直面しなかったためであるといつてよいであろう。

六 それでは山田博士はYの上告理由に対してはどのように対応しているのであろうか。Yの上告理由は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たうえで、本件のような場合は境界確定訴訟は全然無益であるかも知れないので許されないとするものであり、これに対し大審院は本訴の対象たる境界は所有権の境界であると答えたことはすでに見た通りである。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山田博士は、一

体、Yの上告理由にどのように答えたのであろうか。

Yは、(i)本件においては境界確定訴訟は許されず、(ii)Xが訴を提起するなら所有権確認訴訟なり引渡請求訴訟を起こすべきである、と論じた。山田博士は(iii)について、「然レトモ何ニ付キ判決ヲ要求スルヤハ専ラ原告ノ訴ノ申立ニ依リテ定マリ当事者間争ノ有無即チ被告ノ抗争アルカ為メ影響ヲ受クヘキモノニ非サルカ故ニ、上告人ノ此ノ抗争ハ攻撃ノ標的ヲ外ツレタルモノト謂ハサルヘカラス」とのべて、(i)については何ら言及することなく、Yの上告を不当としている。しかし、Yの上告理由、すなわち原審判決は違法であるとする理由は(i)であり、(ii)は(i)を補足的に説明しているにすぎない。それゆえ、(i)については何も言及することなく、(ii)をとらえて「攻撃ノ標的ヲ外ツレタルモノ」とする山田博士の批評こそ、「攻撃ノ標的ヲ外ツレタルモノ」といわねばならない。山田博士は結局、Yの上告理由について何も答えていないのである。

七 大審院判決は本訴の対象たる境界を所有権の境界と解していることに気づいていないということをも考え合わせれば、これは山田博士がYの上告理由がいわんとすることを正しく理解しなかったためであると思われる。

山田博士はYの上告理由と大審院判決で何が問題となつているのかを理解するにいたらなかった。地番境界説は山田博士の判例評釈に始まるが、このようにこれは十分に考察した結果とはとうていいえないのである。

八 山田博士は自覚的に地番境界説を提唱したのではなく、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こととして疑わなかったのであるが、このような当然視は一体どこから来たのであろうか。これについて、私はひとつには境界確定訴訟の訴状の記載の仕方が、⁽¹⁰⁾そしてもうひとつには所有権関連否定説が関係していると思う。

九 境界確定訴訟における訴状の請求の趣旨は、一般に、例えば、「原告所有の〇〇番地の宅地と被告所有のX

×番地の畑の境界」の確定を求めると記載される。この記載の仕方は第1図の場合、すなわち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のみを念頭におく限りにおいてはなんら問題はない。なぜなら、原告の所有地と〇〇番地の宅地は常に一致し、また被告の所有地と××番地の畑は常に一致するからである。しかし、第2図の場合、すなわち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がありうるということを認識するにいたれば、この記載の仕方は問題があることになる。なぜなら、原告の所有地と〇〇番地の宅地は常に一致するとは限らず、また被告の所有地と××番地の畑は常に一致するとは限らないからである。そこで、この訴えは、〇〇番地と××番地の境、すなわち地番の境界の確定を求めているのか、それとも原告の所有地と被告の所有地の境、すなわち所有権の境界の確定を求めているのか、そのいずれと見るかが問題となる。おそらくこの記載の文理解釈によれば前者であるということになるであろう。なぜなら、「原告所有の」とか「被告所有の」とかは「〇〇番地の宅地」や「××番地の畑」を形容しているにすぎず、「〇〇番地の宅地」や「××番地の畑」に比重がかかっていると読むのが自然であるからである。また、実務上散見されるように、訴状の請求の趣旨が単に、「〇〇番地の宅地と××番地の畑の境界」の確定を求めると記載されているときは、文理解釈によれば、当然、地番の境界の確定を求めていると解される。山田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当然のこととして疑わなかった原因のひとつは、訴状のこのような文理解釈であると思われる。

一〇 もうひとつは所有権関連否定説である。所有権関連否定説は境界確定訴訟は所有権の範囲の確認を目的とするのではなく、境界確定判決は所有権の範囲について確定力を生じないとする。ところで、地番の境界は所有権の境界と位置が一致するとは限らないので、地番の境界を確定する訴訟は所有権の範囲の確認を目的とするのではなく、境界確定判決は所有権の範囲について確定力を生じないということになり、所有権関連否定説とテー

せを同じくする。

もつとも、所有権関連否定説は、「所有権存在ノ主張ハ訴ノ理由アルコトヲ示スヘキ陳述⁽¹⁾」であるとし、境界確定判決において「所有権ノ存在ハ判決理由ノ中ニ於テ裁判セラレ⁽²⁾」、「境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⁽³⁾」というように、境界確定訴訟と所有権の範囲の事実上の関わりは肯定していた。この点、地番の境界を確定する訴訟においてはこれを肯定することができないかのようであるが、山田博士は本判例評釈においても、「境界確認判決ニ依リ土地所有権ノ範囲モ亦間接ニ決セラルルノ結果ヲ生スル⁽⁴⁾」とのべている。これは山田博士が地番境界説の中でも不適法説をとることと関係していると思われる。不適法説によれば訴訟要件の審理として所有権の範囲について審理しなければならぬほか、地番の境界まで当事者の所有権の範囲が具体的に及んでいなければ、換言すれば地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しないならば、訴えは不適法として却下されるのであるから、境界確定の本家判決がなされるのは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のみであるということになる。そうすると、判決により地番の境界が確定すれば土地所有権の範囲もそれにより決まることになるのである。そうすると、この点でも地番境界説は所有権関連否定説とテーゼを同じくするといえることができる。

もつとも右にのべたことは、境界確定訴訟の裁判所の、地番の境界の位置と所有権の境界の位置は一致するという判断に確定力が生じるとした場合の話である。これに対し、この点について確定力が生じないならば、後の所有権確認訴訟などでは地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しないと主張することは妨げられないことになり、境界確定判決により土地所有権の範囲も決まるとはいえないことになる。境界確定訴訟の裁判所の、地番の境界の位置と所有権の境界の位置は一致するという判断は訴訟要件の具備についての判断である。訴訟要

件が備わっているとして本案判決がなされた場合、訴訟要件の具備について確定力が生じるであろうか。これについては、一般に訴訟要件具備の判断は理由中の判断にすぎず確定力は生じないと解されている¹⁰⁾。そして今の問題についても、次節で見られるように不適法説をとる吉川大二郎博士は確定力は生じないと論じている。このような理解に立てば、不適法説によっても、判決により地番の境界が確定すれば土地所有権の範囲もそれにより決まるとはいえない。

しかし、不適法説では地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致するか否かが審理され一致することが認められて本案判決がなされるのであるから、後の所有権確認訴訟などではこの判断に拘束されないとはいえず、多くは同じように判断されるであろう。今日の議論ではさらに争点効を認める立場では争点効の要件を満たしておれば拘束力が生じることになる。それゆえ、不適法説は確定した境界を越えて後の所有権確認訴訟などで当事者の一方の所有権が認められる可能性が低いという意味で、判決により地番の境界が確定すれば土地所有権の範囲もそれにより決まるとまではいえないが、それに近い結果となる。

前述したように、山田博士は本判例評釈において、「経界確認判決ニ依リ土地所有権ノ範囲モ亦間接ニ決セラるルノ結果ヲ生スル」とのべている。しかし、そこではかつての「自ら」という文言が欠落しており、また、かつてのように「此結果たるや経界線の形式に必然伴ふべき間接の結果」とは言っていない。さらに、「経界確認ノ判決ノミヲ求ムルト所有権確認並ニ経界確認ノ判決ヲ併セ求ムルト実際ノ結果ニ於テ大差ナキ」とも言っており、實際上、小差はあるように読める。これらの表現からして、山田博士は判決により地番の境界が確定すればそれにより所有権の範囲も決まるとは言わず、それに近い結果になるとするもののようにも思われる。

山田博士がかつてのように境界確定判決により所有権の範囲も決まるとするのか、それともそれに近い結果に

なるとするのか不明であるが、いずれにせよ所有権関連否定説が山田博士をして地番境界説の中の不適法説をとらせる原因となったことは疑いない。

一一 このように山田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当然のこととして疑わなかったのは、ひとつには境界確定訴訟の訴状の記載の仕方が、もうひとつには所有権関連否定説が関係していると思われる。そしてこのことはその後の地番境界説の論者についても多かれ少かれいえる。さらには、後の少数説の中に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当然のこととするかのような説があるが、そのような説も訴状の記載の仕方が関係しているであろう。そこで、ここで訴状の記載と所有権関連否定説から地番境界説を当然のように導き出すことの問題点を指摘しておくことにしよう。

一二 まず、訴状の記載についていえば、文理解釈ではなく目的解釈によれば所有権の境界の確定を求めていると解する余地がある。すなわち、訴状に「原告所有の〇〇番地の宅地と被告所有の××番地の畑の境界」の確定を求めると記載されるのは、原告の所有地とか被告の所有地といっても原告の所有地一般あるいは被告の所有地一般ではなく、特定の原告所有地と特定の被告所有地であり、それは地番で特定せざるをえないし、また原則的には原告の所有地の範囲と〇〇番地の土地の範囲、被告の所有地の範囲と××番地の土地の範囲は一致するためであり、当事者の真の紛争は所有権の範囲の争いであるから、この訴状は所有権の境界の確定を求めていると解するのが合目的である。訴状に「〇〇番地の宅地と××番地の畑の境界」の確定を求めると記載されているときも異ならない、と解することは決して無理な解釈ではあるまい。

一三 次に、所有権関連否定説についていえば、この説の理論的な当否そのものがまずもって問題とされなければならぬが、それを措いても、所有権関連否定説から当然に地番境界説が導かれるわけではない。なぜなら、

所有権関連否定説は境界確定訴訟と所有権の範囲の事実上の関わりは肯定するのであり、この面からは所有権境界説に発展する可能性もあるからである。もっとも、そうなると、境界確定訴訟は所有権の範囲の確認を目的とするのではなく、境界確定判決は所有権の範囲について確定力を生じないという所有権関連否定説の本質を否定することにならないかという疑問が生じるかも知れない。しかし、所有権関連否定説は第1図の場合のみを念頭におき、それゆえ境界は当然に当事者の所有権の範囲を画しているにもかかわらず、境界確定訴訟と所有権の範囲の関わりを理論のうえで否定したのであるから、所有権境界説においても所有権の境界を確定する訴訟と所有権の範囲の関わりを理論のうえで否定することは考えられる。むしろ、所有権関連否定説は無理な強弁であり、それゆえその無理を維持するという点で、このような考えこそ所有権関連否定説の本質を継承することになるとさえいえるはずである。なるほど、山田博士のように地番境界説の中でも不適法説をとれば、境界確定訴訟と所有権の範囲の事実上の関わりを肯定するか、肯定するに近い結果にはなるが、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のみ境界確定の本案判決ができるにすぎないという点で、所有権関連否定説と同程度に境界確定訴訟に事実上の所有権範囲紛争解決機能を肯定することはできない。

一四 このように訴状の記載や所有権関連否定説から当然のように地番境界説を導き出すことはできないのであり、地番境界説を主張するにはそれなりの論拠が必要である。例えばYの上告理由にあるような、当事者の所有権の範囲の争いを解決しない訴訟は無益であるという批判に対する正当化根拠が必要である。しかし、地番境界説を当然のように導いた山田博士にはそれが欠落していたということである。

一五 次に、加藤博士の判例評釈であるが、加藤博士も山田博士と同様、本判決が境界確定判決は所有権の範囲について確定力を生じるとした点を批判するが、本判決がYの上告を棄却した点も山田博士と同様、正当であっ

たとする。いわく、「上告論者ハ本件ノ如キ売買地域ニ対スル係争事件ニ在リテハ土地所有權ノ確認ヲ求ムヘク
 經界確定ノ訴ヲ提起スルハ失当ナリト主張シ本件ニ於ケル經界確定ノ訴ヲ以テ恰モ不適法 (Unzulässigkeitt) ノ
 訴ナルカ如ク主張セリ然レトモ凡ソ原告カ經界線ノミノ確定ヲ求ムルト所有權ノ確認ヲ求ムルトハ其ノ自由ニ屬
 シ權利保護ノ請求ノ程度ハ一ニ原告ノ選択ニ委スヘキモノナリ故ニ本件判旨カ此ノ点ニ付キ上告人ノ主張ヲ排斥
 シタルハ正当ナリトス此ノ点ニ付テハ予輩ハ本件ニ対スル山田博士ノ批評ニ賛成スルモノナリ」と。加藤博士は
 Yの上告理由は本件境界確定訴訟は不適法であるとするものであると理解しているかのようであるが、その不適
 法とする理由にふれることなく、結局は山田博士と同じ理屈でもって本判決がYの上告を棄却したのは正当であつ
 たとしている。

さて、山田博士は無自覺的にはあれ地番境界説を主張したが、加藤博士はどうかというと、博士はこの問題
 についてまったく言及していない。なるほど博士は權利保護の請求の程度は原告の選択に委ねるべきものである
 という理由により、本判決がYの上告を棄却したのは結局、正当であつたということについては山田博士に賛成
 しているが、だからといって、山田博士が、Yとしては、Xの所有權の範圍はハニ線までであることの間確認
 の反訴を提起するか、Xの所有權の範圍はハニ線であるので境界の確定を求める適格を有しないと主張すべきで
 ある、とした点についてまで賛成しているとはできない。それゆゑ、境界確定訴訟の対象たる境界を地
 番の境界とする山田博士の所説について加藤博士がどのように考えたかは不明である。

しかし、私は加藤博士がこの点について山田博士の所説に賛成するとは思わない。なぜなら、加藤博士は、本
 判例評釈でも繰り返しているように、「經界確定ノ訴トハ民法第二二三条及ヒ第二二四条ニ所謂經界權ノ行ハル
 ル經界線ノ位置ヲ定ムル確認訴訟ナリ」というのであるが、民法二三三条、二二四条の界標設置權はそれが地番

の境界の位置と一致するか否かを問わず所有権の境界の位置において認められることは、これらの条文が民法典の「第三章所有権」の中の「第一節所有権ノ限界」の中に位置していることから明らかであるので、加藤博士のいう「経界線」は所有権の境界であると解さねばならないからである。そして、このように所有権境界説をとることは所有権関連否定説の立場と矛盾しないことはすでに述べた通りである。

しかし、加藤博士は所有権境界説をとるとはいわず、この問題については何も言及していない。これは加藤博士が論点を整理するにいたらず考えがまとまらなかったためであろうか。

注

(3) 民録二七輯一〇八一頁。

(4) もっとも、Yの上告理由は、本訴をもって「所有権ノ確認ヲ包含スル境界確定ノ訴訟」と見る者がいないとは限らないが、本訴のように単に隣接地の片面的接線のみを確定を求める訴はいわゆる所有権の確認を包含する訴に属しない、ともなっている。これは二種の境界確定訴訟を認めるように見えて、実はこれを否定するに帰する。Yの上告理由は大判大正七年二月六日民録二四輯二二九二頁を引用しているが、この判決は二種の境界確定訴訟のうちの所有権を基本として境界の確定を求める訴は境界線に面した土地の部分について所有権を主張するものであって、土地全体の所有権を主張するところの所有権確認訴訟とは異なること判示したにすぎず、Yの上告理由がのべていることはまったく異なる。本判決はYの上告理由のこの部分については、「上告人ノ援用スル当院判例ハ本件ニ適切ナラス」とだけのべて簡単に退けている。

(5) 大判大正四年五月一日民録二二輯七〇五頁(Bにおいては裁判所は当事者双方の主張する範囲内において境界を確定すべきであるとした。)、大判大正七年二月六日民録二四輯二二九二頁(Bは境界線に面した土地の部分について所有権を主張するものであるとした。)、および本判決。

(6) 大判大正八年五月二二日民録二五輯八五九頁(贈求棄却の余地はないとした)、大判大正九年六月七日民録二六輯

八五八頁(上訴審の不利益変更禁止の原則が適用されるとした。)、大判大正二年六月二日民集二卷三四五頁(裁判所は当事者双方の主張する範囲外に境界を確定することもできるとした。)、大判昭和六年七月二二日法律新聞三二九九号七頁(請求棄却の余地はないとした。)

(7) 二種の境界確定訴訟が實際上区別できるかは疑問であることにつき、本稿(一)・琉大法学四五号注(3)を見よ。

(8) 林屋礼二・判批・判例時報一一五号二二頁以下(二二五頁)は、境界に争いあると同時に所有権の範囲に争いある場合とは、「取得時効など」も念頭においた「所有権範囲をめぐる紛争」であったと見られるとするようである。この見方につき、私は本稿(一)で、「そのように見るのは無理である」とのべたが(琉大法学四五号一三三頁注(1))、本判決に関する限り、取得時効ではないが境界の合意も念頭においた所有権範囲をめぐる紛争を意味するといえるので、前にのべたことを訂正する。しかし、私見によれば、境界のみに争いある場合とは本文でのべたように多分に想像上のものであった。

(9) 山田正二・判例批評民事訴訟法第一卷三〇五頁以下(三一四頁、三一五頁)。

(10) 訴状の記載の仕方についての以下の叙述は、花田政道「土地境界確定訴訟の機能」不動産法体系VI一一六頁以下(一二八頁、一二九頁)に示唆されたものである。もっとも花田判事は兼子博士の判例評釈は「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」たとするが、兼子博士より前に山田博士が地番境界説をとっており、山田博士も「土地特定の用語に引かれ」たと私は考へるのである。

(11) 雄本朗造「経界ノ訴ヲ論ス」京都法学会雑誌八号六九頁以下(八二頁)。

(12) 雄本・同八三頁。

(13) 山田・判批・法学論叢四卷六号一三六頁以下(一三八頁)。

(14) 兼子||松浦||新堂||竹下・条解民事訴訟法六〇二頁参照。

(15) 山田・前掲一三八頁。

(16) 加藤正治・民事訴訟法判例批評集第二巻九五頁以下(九九頁、一〇〇頁)。

(17) 加藤・同九九頁。

(18) そのほか、本判決については中川善之助博士の判例評釈が存する(判例民事法大正一〇年度二八七頁以下)。Yの上告理由に賛成するようであるが、私にはよく理解できない箇所がいくつかあり、あれこれ憶測するのはためらわれるのでここではとり上げない。

第三節 第二期

昭和九年八月一〇日の大審院判決は、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に境界を確定した原審判決を、取得時効が真に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というものである。前節で見た大正一〇年六月八日の大審院判決は裁判所の判断によればXがYの先代より買入れたのは二二〇〇番地の一の土地全部であったという事案についてのものであったため、地番境界説をとっても所有権境界説をとってもイロ線を境界として確定すべきことに違いはなかったのに対し、ここでは取得時効により境界は移動するか否かが問題となり、しかもこれにつき原審判決と大審院判決とが正反對の態度をとったことは、境界確定訴訟の対象たる境界とは何かという問題の存在を学説に認識させることになった。本判決の判例評釈において、吉川大二郎博士は地番境界説の中の不適法説を主張し、兼子一博士の所説は地番境界説の中の適法説と同一の結果を主張するものであった。

一方、昭和一五年七月一〇日の大審院判決は、境界確定訴訟の提起により相手方の取得時効が中断されるとしたが、この判決の判例評釈を書いた吾妻光俊博士は所有権境界説もしくはこれに近い説を主張した。

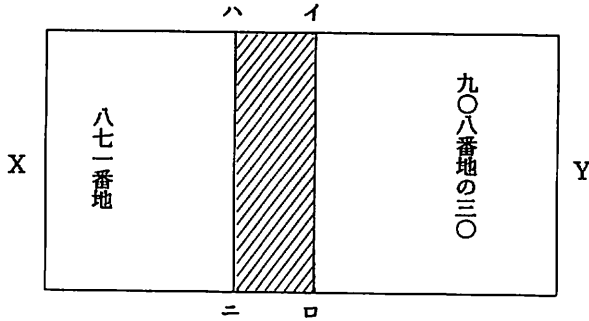
このように境界確定訴訟の対象の問題に関する時代区分におけるこの第二期は、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界か所有権の境界かということが意識的に議論され始めた時期であった。しかし、意外にもこの時期の学説・判例について、従来、詳細な分析・整理はなされていない。とりわけ、吉川博士や兼子博士が地番境界説を主張した論拠は何であったのかということの精確な分析が、通説に立つ論者によっても、それに反対する少数説の論者によってもなされていない。そこで、本節では、前節の第三款にひき続き、学説・判例について詳細に見てゆくことにする。

第一款 昭和九年八月一〇日大審院判決

一 本判決の事案を取得時効の主張の取扱いに限定して次頁の第4図で説明すれば次の通りである。Xは八七一番地と九〇八番地の三〇の境界の確定を求めて訴を起こした。原審は、「本件ハ経界ノミノ確定ヲ求ムル訴訟ナルコト控訴人(X)ノ陳述自体ヨリシテ明カナルヲ以テ被控訴人(Y)提出ノ取得時効ノ主張ヲ容ルルノ余地ナク右主張ハ夫レ自体理由ナシ」とのべて、取得時効につき審理することなく、Xの主張線に近いイロ線を境界として確定した。

この原審判決に対し、Yは取得時効の主張を審理せずに境界を確定したのは次の理由により違法である、として上告した。すなわち、「甲地乙地相接統シ甲地ノ所有者カ乙地ノ一部ヲ占有シ時効ニ因リテ所有権ヲ取得シタリトセハ其ノ部分ハ独立ノ丙地トナリ乙地ニモ属セス甲地ニモ属セサルニ至ル」ので、本件においても取得時効が成立するならば第4図の斜線部分は八七一番地から離脱して独立の一筆となるから、八七一番地と九〇八番地

第 4 図



の三〇は相隣関係にならないことになる、と。

大審院は次のように判示して原審判決を破棄した。「他人ノ所有ニ属スル一筆ノ土地ノ一部ト雖取得時効ニ因リ之カ所有権ヲ取得シ得ルコトハ夙ニ本院判例ノ示ス所ナルカ故ニ若シ上告人ノ取得時効ニ関スル主張事実ニシテ真ニ存在セルモノトセンカ従来被上告人ノ所有ニ属シタル……八百七十一番地ノ一部ハ取得時効ニ因リ上告人前主ノ所有ニ帰シタル結果両地所有権ノ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ト云ハサル可カラス從ヒテ原判決主文表示ノ境界線ハ恰モ上告人所有地内ニ存スルカ如キ奇観ヲ呈スルニ至リ所謂不動産ノ境界ノミニ関スル訴訟ノ判決トシテ違法ノモノタルコト洵ニ明白ナリトス何トナレハ裁判所構成法第十四条第二号ニ所謂不動産ノ境界ノミニ関スル訴訟トハ所有者ヲ異ニセル土地カ相隣接セル場合ニ其ノ一方ノ所有者ヨリ他方ヲ被告トシテ両所有地ノ接触部分即境界ノ確定ヲ求ムル訴訟ニテ之カ境界ヲ確定スヘキヤ殆ント論ヲ俟タサル所ナレハナリ然レハ原判決カ本件ノ訴訟ヲ以テ不動産ノ境界ノミニ関スル訴訟ナリト做シ乍ラ単ニ判示ノ線カ八百七十一番地ト九百八番地ト三十トノ境界ナルコトヲ示シタルノミニテ果シテ上告人前主カ取得時効ニ因リ右八百七十一番地ノ一部ノ所有権ヲ取得セルコトナキヤノ審査ヲモ

為スコトナク漫然……判決シタルハ不動産ノ境界ノミニ関スル訴訟ノ性質ヲ誤認シタル違法アルニ非サレハ理由不備ノ違法アルモノニシテ原判決ハ此点ニ於テ破毀ヲ免レス」

二 さて、原審判決、Yの上告理由、本判決はそれぞれ次のように理解することができよう。

まず、原審判決は地番境界説に立つものであることは明らかである。それでは地番境界説の中の適法説か不適法説かという点、不適法説によれば斜線部分についてYの取得時効が成立すれば境界確定の訴は不適法として却下しなければならず、それゆえ訴訟要件の審理として取得時効について審理しなければならぬことになるが、原審判決は単純にイロ線を境界として確定している。それゆえ、原審判決は適法説と同じ結果となっているが、ただ取得時効が成立しても訴は不適法とはならないと明言しているわけではなく、それゆえ適法か不適法かとい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い。したがって、原審判決をもって適法説とすることは正確でなく、適法説と同じ結果となっているといへべきであろう。

次に、Yの上告理由は地番境界説の中の不適法説を主張するものである。地番境界説の中の不適法説はすでに大正一〇年六月八日大審院判決に対する山田博士の判例評釈の中に現われていたが、Yの上告理由はこれとは理論構成が若干異なる。山田博士は所有権の範囲が地番の境界まで及ばないときは当事者適格を欠くとするものであったのに対し、Yの上告理由は取得時効が成立するならば第4図の斜線部分は八七一番地から離脱して独立の一筆となるから、八七一番地と九〇八番地の三〇は相隣関係にないことになるという。Yの原審における主張は、仮りに境界はもともとはイロ線であったとしても取得時効の成立により現在はハニ線が境界である、とするものであったが、上告理由においてはこのように地番境界説の中の不適法説を主張している。これはYとしてはイロ線が境界として確定されることを阻止すれば当面の目的を達することができることから、原審判決の地番境界説

に立ちつつ原審判決の結論に異議を唱えるという方法によったことであろう。

これに対し、本判決は、「経界ノミニ関スル訴訟」とは「所有地ノ接触部分即経界ノ確定ヲ求ムル訴訟」であり、取得時効が成立するならば「所有権ノ接触部分即経界線は従前ノ線ト異ル場所ニ移動シタ」ことになるので取得時効について審理すべきである、として原審判決を破棄し、差戻した。これは所有権境界説に立つものであり、それゆえ本判決はYの上告理由ではなく、むしろYの原審における主張を支持したわけである。

本判決がこのように所有権境界説をとったことは、しかし前述の大正一〇年六月八日大審院判決がすでに所有権境界説をとっていたという私の見方によれば、大正一〇年判決に従っただけであるということになる。しかし、大正一〇年判決は形式上は二種の境界確定訴訟の一種についてのみ所有権境界説をとったのに対し、本判決は境界確定訴訟に二種ありとはせず、「経界ノミニ関スル訴訟」につき所有権境界説をとったこと、また、大正一〇年判決は所有権境界説をとってもイロ線を境界として確定すべきことに変わりはない事実についてのものであったが、本判決は取得時効が成立するならハニ線を境界として確定すべきであるとした点で、所有権境界説をより一層明確に押し出したことができる。

三 しかし、実はここにひとつの問題が存する。それは大正一〇年判決についても同じことがいえるのであるが、本判決が所有権境界説に立つものか否かは厳密にいえば必ずしも明らかではないということである。なるほど本判決が、第4図でいえば、Yがハニ線までを時効取得したとすれば地番の境界はイロ線のままであるがXの所有権の範囲とYの所有権の範囲の境はハニ線に移動する、そして境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の範囲の境なのでハニ線を境界として確定すべきである、というのであれば、所有権境界説といえることができる。なぜなら、そこでは地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しないことがありうることを前提に、境界確定訴訟の対

象たる境界は所有権の境界であると論じていることになるからである。これに対し、本判決が、Yがハニ線までを時効取得したとすれば所有権の範囲の境がハニ線に移動し、それに伴って地番の境界もハニ線に移動する、それゆえハニ線を境界として確定すべきである、というのであれば、地番の境界の位置と所有権の境界の位置はこの場合にも一致し、地番境界説とか所有権境界説というものが成立する余地はないことになる。

本判決がそのうちのいずれかは必ずしも明らかではないが、「経界ノミニ関スル訴訟」とは「所有地ノ接触部分即境界ノ確定ヲ求ムル訴訟」であるとのべていること、「所有権ノ接触部分即境界線ハ従前ノ線ト異ル場所ニ移動シタ」とは言っているが、それに伴い八七一番地と九〇八番地の三〇の境界も移動するとは言っていないことから、取得時効が成立しても地番の境界は移動しないため地番の境界の位置と所有権の境界と位置が一致しないことになるが、境界確定訴訟の対象たる境界は所有権の境界であるのでこれを確定すべきであるとしたもの、すなわち所有権境界説に立つものと解するのが判決文の読み方として無理がないように思われる。

むろん、本判決が所有権境界説に立つものであろうとなかろうと、裁判所はYの取得時効の主張につき審理し取得時効が認められるときはハニ線を境界として確定しなければならぬこと、そしてその境界確定判決によりXの所有権の範囲とYの所有権の範囲が確定することに違いはなく、このように当事者間の所有権の範囲の争いが境界確定訴訟により解決されるとする解釈をとった点に本判決の意義が存するのであるから、本判決が所有権境界説に立つものか否かは、換言すれば所有権の境界の移動により地番の境界は移動しないとされるものか否かはそれほど重要ではないともいえる。ただ、後述するように、兼子博士は本判決は地番の境界が移動するものとしたものと解し、この点を批判しているのであり、本判決のこのような理解が兼子博士の所説の形成に影響を及ぼしたと思われるので、あえてこの点について言及したわけである。

四 以上、本件の原審判決とYの上告理由は地番境界説に立ち、ただ前者は適法説と同じ結果を認め、後者は不適法説を主張したが、本判決は所有権境界説またはこれに近い説に立ったということであり、境界確定訴訟の対象たる境界とは何かをめぐる今日の議論の大枠は、漠然としてではあるがすでに本件において現われていたということが出来る。そして、原審判決を支持したのが兼子博士であり、Yの上告理由を支持したのが吉川博士であり、後に本判決を支持したのが吾妻博士であった。

注

(1) 民集二三卷一六一七頁。

(2) 本稿(一)・琉大法学四五号一〇七頁以下参照。

第二款 吉川説

一 吉川博士はYの上告理由に賛成する。すなわち地番境界説の中の不適法説を主張する。そこで、まずは吉川博士の地番境界説の論拠を見て、それを整理してみることにしよう。

本判決が、取得時効により所有権の境界のみ移動する、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、すなわち所有権境界説に立つものか否かは明らかでないことは前述したが、吉川博士はそのいずれであっても不当であるとする。そのうち所有権境界説が不当であるとする理由はまさに吉川博士の地番境界説の論拠ということになるが、次のように言う。

「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。経界線は所有権の存在を前提とするけれども、それ自体には広狭なく、長短あるに止まるのであって、かゝる線のみの確定と広狭あることを前提とする所有権の確認とは断然区別せねばならぬ。」

このうち、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はずであるというのは、従来の有力説、すなわち所有権関連否定説と同じテーゼであるし、また、所有権関連否定説に立つ加藤博士の文章にある、「境界確認訴訟ト所有権確認訴訟トヲ混淆スルノ誤謬」とか、「経界線ナルモノハ幾何学上ヨリ見テ長短ハアルモ絶対ニ広狭アルナシ」という表現がほぼそのまま用いられているのであって、まさに従来の有力説が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ことの論拠とされていることがわかる。山田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当然のこととして疑わなかったが、その原因のひとつは所有権関連否定説であったと思われることは前述した。吉川博士はまさしく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とったのであるが、その論拠はこのようにやはり従来の有力説、すなわち所有権関連否定説なのである。

二 しかし、所有権関連否定説の理論的な当否を措いても、所有権関連否定説から当然に地番境界説が導かれるものではないことはすでにのべた通りである。とりわけ、「経界線は所有権の存在を前提とするけれども、それ自体には広狭なく、長短あるに止まるのであって、かゝる線のみの確定と広狭あることを前提とする所有権の確認とは断然区別せねばならぬ。」と言うが、境界を所有権の境界と解してもそれは長短はあっても広狭はない点で所有権の範囲と区別されるはずである。そもそも境界と所有権の範囲のこの区別は、境界確定判決は所有権の範囲について確定力を生じないことをより明らかにするために加藤博士が用いたものであるが、境界には長短は

あっても広狭はないというのは「境界」の概念からして当然のことであり、これが所有権関連否定説を正当化するものとして用いられていること自体、所有権関連否定説が無理な強弁であることを象徴的に示しているのであって、このような無理を維持するためにはむしろ所有権境界説をとるべきである。また、加藤博士が地番境界説をとるとは思われないことも前述した通りである。従来の有力説は第1図の場合のみを念頭においた所有権関連否定説であって、地番境界説ではなく、また所有権関連否定説から当然に地番境界説が導かれるものでもないにもかかわらず、吉川博士は従来の有力説のみを地番境界説の論拠としているのである。

三 それでは吉川博士は従来の有力説が境界確定訴訟と所有権の範囲の事実上の関わりは肯定していた点についてはどのように論じたであろうか。

吉川博士は地番境界説の中の不適法説をとる。不適法説によれば境界確定判決により所有権の範囲も決まるか、それに近い結果となるのであって、山田博士が不適法説をとったのは所有権関連否定説がその原因であったと思われることは前述した。吉川博士においても所有権関連否定説が不適法説を正当化するものとされている。言わく、「実際上は経界確定判決が確定する時は所有権の範囲も一応は決定せらるゝのを通常とするけれども之は所有権が境界確定の先決問題として判決理由中に於て認定せられる間接的效果に過ぎない(雉本博士、山田博士、加藤博士の前掲書、参照)。即ち例へば、本件に於ても取得時効の抗弁が、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、この点に付ては既判力を有たないから上告人は後日かゝ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。このように吉川博

士は訴訟要件具備の判断は理由中の判断であり確定力を生じないとの立場から、不適法説によっても境界確定判決により所有権の範囲が決められるのは一応のものであるとするのであるが、この帰結は従来の有力説と一致するものとしている。

しかし、従来の有力説、すなわち所有権関連否定説は境界確定判決により所有権の範囲が決められるのは一応のものであるという議論はしていない。ただ山田博士が地番境界説を主張するにいたった際にはそのような趣旨ともとれる表現が用いられているにすぎない。従来の有力説により吉川博士の不適法説が正当化されるものではないのである。そして、このことは吉川博士の不適法説の内容によりさらに明らかとなる。

四 吉川博士はYの上告理由に賛成して次のようにのべている。「所有者を異にせる甲乙両地が当初に於ては相接続せる場合に於ても其の一方の所有者が他方の所有地中自己の土地に接続せし部分を時効に因り取得したとすれば、たとひ之が分筆前と雖も其の部分は甲乙何れにも属しない独立の土地(丙地)となり(大判(連)大正一三・一〇・七民集三卷四八二頁)、従て甲乙両地はかゝる丙地の介在に依つてこの時から法律上相接続せざるに至つたものと見ねばならないであろう。果たしてそうだとすれば、本件に於けるが如く、甲地(小山町八七一番地)の所有者たる被告人が乙地(同町九〇八番地ノ三〇)の所有者(上告人)に対し、両地が相接続せるものとして其の境界の確定を訴求した場合に於ても、上告人に於て乙地と隣接せし甲地の一部分を時効に因り取得せし旨の抗弁を提出したならば——被告人が請求の趣旨を変更し、乙地と丙地間の境界確定を求めざる限りは——裁判所はかゝる抗弁に対しては其の内容に入り一応の判断を与えねばならぬ。」このように、吉川博士は取得時効が成立すればその部分は独立の丙地となり、甲地と乙地は接続しないことになるから甲地と乙地の境界の確定を求める訴は不適法になるというのであり、原告が訴を変更して乙地と丙地の境界の確定を求めればそれは適法

であるとするものようである。乙地と丙地はともに被告の所有に属するにもかかわらずである。この場合、境界確定判決により一応のものであれ所有権の範囲は決せられない。吉川博士が「実際上は境界確定判決が確定する時は所有権の範囲も一応は決定せらるゝのを通常とする」(傍点——玉城)とのべているのはこのような例外の場合がありうるためかも知れない。しかし、従来の有力説によりこれを正当化するのは無理である。

五 以上、要するに、吉川博士は従来の有力説のみを地番境界説の論拠とし、また従来の有力説により不適法説を正当化しているが、いずれも無理であるといわねばならない。地番境界説を主張するにはそれなりの論拠が必要であるが吉川博士にはそれは欠落しているのである。

ちなみに、吉川博士の不適法説は取得時効の成立によりその部分は独立の丙地となるということが前提となっているが、その前提の当否については、取得時効の成立により地番の境界は移動するかという問題とともに次款でのべることにする。

注

- (1) 吉川大二郎・判批・民商法雑誌一巻七二頁以下(七五頁)。
- (2) 加藤・判批・法学協会雑誌四〇巻三三三頁以下(一〇六頁)。
- (3) 加藤・同一〇六頁。
- (4) 吉川・前掲七五頁、七六頁。
- (5) 吉川・同七三頁、七四頁。

第三款 兼子説

一 本判決に対し、吉川博士の判例評釈とほぼ同じ時期にこれとは無関係に兼子博士の判例評釈が奮かれた。この兼子評釈は後の学説・判例に対する影響力という点で吉川評釈をしのいでいる。まずは兼子評釈の全文を左に掲げる。

「判旨に異見を有する。経界確定の訴は相隣の土地間の経界が事実上不明な結果争ある場合に、裁判を以て之を画定せんことを求めるものである。其の際裁判所は通常の訴訟の如く法規を適用して原告の請求の当否を法律的に判断確定するのではなく、必ずしも原告の主張に拘束されず専ら具体的事情を斟酌し、衡平の見地からの裁量で経界線を設定するのである。之此の訴が性質上非訟事件に属する形成訴訟であると云われる所以である。勿論両地の所有者が最も密接な利害関係人として当事者となるが、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。故に当事者適格の関係以外は無関係と云はねばならない。蓋しAが隣地の一部を時効に因り取得時効の抗弁の当否も両地の経界確定には無関係と云はねばならない。蓋し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、判旨が時効取得に因り経界線が動く論することこそ経界確定の本質と相容れぬこととなる。又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く法律効果で、之を肯定するか否かは、最早裁量に基き経界を設定する問題ではない。随って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き経界を越えて所有権を主張せんとすれば、別に（或は反訴に依り）之に付て所有権の確認を求むべきである。尤も裁判所は他に経界を定むる基礎となるべき充分の資料が見当たらない場合に、

従来の相当長日月に亘った双方の占有状態に基き、経界そのものを定めるのが適当と認めれば、之を為し得るが、之は時効取得に因る経界線の変更を認めることは別問題である。尚本件では当事者の一方の控訴上告に対し相手方が附帯上訴を為して居るが、本訴の性質上不利益変更禁止も認められぬから(当事者の法律的主張の可否の確定を目的としないから、控訴審が第一審以上に控訴人に事実上不利益な経界を定めても、法律的には不利益に変更したことならぬ)、附帯上訴は本来無意義といふべきである。」

二 さて、兼子博士は「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。」とするが、このテーゼは雫本博士などの説、いわゆる所有権関連否定説と表現を同じくする。また兼子博士は境界確定訴訟の法的性質についても雫本博士などのいわゆる非訟理論をとっており、この非訟理論が自説を支える論拠のひとつとされている。このように兼子博士の説も引用こそしていないがこれまでの雫本博士などの説に依拠していることは明らかである。

兼子博士は「当事者適格の関係以外は所有権の帰属範囲の如きは斟酌する必要はなく」とのべており、当事者適格の審理としては所有権の範囲の審理が必要であるとす立場、すなわち不適法説をとるかのようにも見えるが、結局は、「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」としている。もっとも、取得時効が成立しても訴は不適法とはならないと明言しているわけではないので、適法か不適法かという問題を認識して適法であるとしたものとは断定できず、原審判決と同様、適法説と同じ結果になっているといふべきである。

三 このように兼子博士の説は地番境界説であり、そしてその中の適法説と同じ結果になっているのであるが、地番境界説の論拠、すなわち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する論拠

は一体何であらうか。しかし、その前に、兼子博士はなぜ取得時効を斟酌すべきでないのかという問題設定において議論しているのか、これについて見てみることにしよう。

四 取得時効を斟酌すべきでないということの論拠として兼子博士が挙げているのは次の三点である。ひとつは、「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。」と云うことであり、ひとつは、「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、最早裁量に基き経界を設定する問題ではない。」と云うことであり、ひとつは、「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」と云うことである。以下、順にのべる。

まず、第一点は、雉本博士などの説、すなわち所有権関連否定説と同じテーゼであり、兼子博士もこの従来有力説に依拠している。境界確定訴訟は所有権の範囲の確認を目的とするのではないから取得時効の成否は関係がなく、それゆえ取得時効は斟酌すべきではないというのである。

次に、第二点は、判例評釈の最初の方にある、「裁判所は通常の訴訟の如く法規を適用して原告の請求の可否を法律的に判断確定するのではなく、必ずしも原告の主張に拘束されず専ら具体的事情を斟酌し、衡平の見地からの裁量で経界線を設定するのである。之此の訴が性質上非訟事件に属する形成訴訟であると云われる所以である。」という文章との関連で読むと、これは取得時効を斟酌すること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と矛盾するといっているのであり、非訟理論が取得時効を斟酌すべきでないことの論拠とされている。

境界確定訴訟は形式的形成訴訟であるというとき、それは次の二つのことから意味している。ひとつは、境

界は様々な事実をもとに裁判所の裁量により確定されるということであり、ひとつは、原告の申立てはともかくどこかに境界を確定せよということであって一般の民事訴訟におけると同じ意味での請求は存しないということである。私は前者を境界確定に関する非訟理論、後者を請求に関する非訟理論と呼んでいる。右に引用した兼子博士の文章でいえば、「具体的事情を斟酌し、衡平の見地からの裁量で経界線を設定する」というのは境界確定に関する非訟理論であり、「必ずしも原告の主張に拘束されず」というのは請求に関する非訟理論とかわつてゐる。そのうち、取得時効は斟酌すべきでないことの論拠とされているのは境界確定に関する非訟理論である。すなわち、「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く法律効果で、之を肯定するか否かは、最早裁量に基き経界を設定する問題ではない。」というのである。これは次のように理解することができる。すなわち、取得時効により境界が移動するとすると、ある線までの土地部分を時効期間継続して占有したことが認められればその線を境界として確定すべきことになって、継続占有というものが決定的な意義をもつことになり、これは様々な事実をもとに裁判所の裁量で境界を確定するということではなくなる、と。このように境界確定に関する非訟理論が取得時効を斟酌すべきでないことの論拠とされているのである。

最後に、第三点は、取得時効の成立により地番の境界は移動しないということである。前述したように本判決が取得時効の成立により地番の境界も移動するとするものは明らかでないが、この第三点はそのうちの取得時効の成立により地番の境界も移動するとすることに對する批判となっている。取得時効の成立により地番の境界は移動しないから取得時効は斟酌すべきではないというのである。

五 それでは兼子博士が挙げたこれらの論拠について検討することにすが、便宜上第三点から始めることによよう。

第三点は、取得時効の成立により地番の境界も移動するとする考えに対する批判としてはまったく正しい。登記簿上一筆の土地とされている土地の境界が、取得時効の成立により、分合筆の登記を経ることなく当然に移動するとすることは誤りである。

ちなみに、Yの上告理由や吉川博士のように取得時効の成立により新たに独立の丙地が生じるとするのも誤りである。なるほど吉川博士の引用する大正一三年一〇月七日の大審院判決³⁾は、一筆の土地の一部を時効取得したことを理由に分筆手続や所有権確認などを求めた訴訟において、一筆の土地の一部にも取得時効は成立しうるとした判例であるが、その際、時効完成によりその部分は「一個ノ土地」となるとのべている。しかし、これに対しては、「時効完成の効果は本件に於ては所有権の取得であつて決して物の一部が變じて一個の物となるものではない。一物一権主義は当然或る程度の制限の下に認めらるる原則であつて一筆の土地の一部に付き時効が完成すればその一部に付いての所有権が移動し権利者は原所有者に向つて分筆手続並に所有権移転の登記を請求するのである。」という理論的な批判が学説によって加えられたし、またこの判決のいう「一個ノ土地」は従来の地番に含まれたままであつて未登記の土地になるのではないと解する余地もある。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」とするが、Yの上告理由や吉川博士が取得時効の成立により独立の丙地が生じるとしたことは、これまでの土地の一方が膨むとはしないけれども、他方が凹むとしたことになるので、兼子博士の右の文章はYの上告理由に対する批判、それゆえほぼ同時に書かれたためその存在を知らなかつた吉川博士の判例評釈に対する批判ともなりうるのである。吉川博士は取得時効の成立により地番の境界は移動せず、独立の丙地が生じるとするが、取得時効の成立により地番の境界が移動するということと、独立の丙地が生じるとい

うことは、登記簿上一筆の土地とされている土地の範囲が取得時効の成立により分合筆の登記を経ることなく当然に変動する点で共通しており、ともに誤りであるといわねばならない。吉川博士の説は地番境界説の中の不適法説であるといっても、このように取得時効の成立により独立の丙地が生じ、甲地と乙地は接続しないことになるから訴は不適法であるというのであって、山田博士のように地番の境界まで所有権の範囲が具体的に及んでいなければ當事者適格を欠くというのではない。しかも、吉川博士は原告が訴を変更して乙地と丙地の境界の確定を求めるならその訴は適法であるとするものようであり、実際上も山田博士の不適法説とは違いが生じ、文字通りの不適法説とはいえない。しかし、このように取得時効により独立の丙地が生じるというのは理論的に誤りであるといわねばならないのである。

六 さて、取得時効の成立により地番の境界は移動しないというこの第三点はまったく正しい。しかし、問題は兼子博士は本判決は取得時効により地番の境界も移動するとしたものと解して、この第三点でこれを批判しているということである。すでにのべたように本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ものかは明らかでない。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。ところが兼子博士は後者と解してこれを批判しているにすぎない。本判決は私見によればどちらかというところと解されるのであるが、兼子博士はこのように後者と解してこれを批判しているのであって、前者と解する余地があることに気づいていない。また本判決とは離れて前者の考えをとり上げこれを批判するということも行っていない。兼子博士は取得時効により地番の境界も移動するとする考えに対する批判しか行っていないのである。このことは、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せず、対象たる境

界は地番の境界であることを前提にしてその地番の境界は取得時効により移動しないと論じているにすぎないことを意味しよう。兼子博士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論じたのではない。すなわち自覚的に地番境界説を主張したのではないのである。⁶⁾

それゆえ、兼子博士が取得時効を斟酌すべきではないとして挙げた三つの論拠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てのものであるということになる。もっとも、そのうちの第一点と第二点は、それ自体としては取得時効により地番の境界も移動するか否かとは無関係に、ともかく取得時効を斟酌すること自体に対する批判となっているので、兼子博士が念頭においていなかったところの、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考える、すなわち所有権境界説に対する批判ともなりうる。これに対し、第三点は取得時効により地番の境界は移動しないというのであるから、同様に取得時効により地番の境界は移動しないとする所有権境界説に対する批判とはなれない。

以上、要するに兼子博士は自覚的に地番境界説を主張したのではないが、所有権境界説に対する批判ともなりうるような議論、換言すれば地番境界説の論拠ともなりうるような議論をしているということである。我々にとつて重要なのはこの議論、すなわち取得時効を斟酌すべきでないことの論拠の第一点と第二点である。次にこれらについて検討しよう。

七 第一点は従来の有力説、すなわち所有権関連否定説であり、吉川博士においてはまさにこれのみが地番境界説の論拠とされた。吉川博士のこの議論の問題点はすでに指摘した通りであるが、ここではさらに次のことを指摘せねばならない。

所有権関連否定説が境界確定判決の間接の効果として所有権の範囲が決められるとしたことにつき、吉川博士はこれは「一応」のものであると解釈したが、兼子博士はこの問題についてまったくふれていない。兼子博士は取得時効は斟酌すべきではないとするので、訴訟要件の審理としてはあるが取得時効の抗弁につき審理すべきであるとする吉川博士と異なり、「一応」のものとしても境界確定判決の間接の効果として所有権の範囲が決められることは言い難い。兼子博士の所説は、所有権関連否定説が「所有権存在ノ主張ハ訴ノ理由アルコトヲ示スヘキ陳述」であるとし、境界確定判決において「所有権ノ存在ハ判決理由ノ中ニ於テ裁判セラル」とし、「境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」としたことと整合しないのである。それゆえ、兼子博士が従来の有力説を自説の根拠とするのであれば、この点を釈明すべきであった。兼子博士がこれについてふれていないということは釈明を怠ったと解すべきか、それとも従来の有力説のこの側面を看過して自説を形成したと解すべきか迷うところである。

八 第二点は、なるほど取得時効の成立により境界が移動するとすることは境界確定に関する非訟理論と矛盾する。それゆえ取得時効により境界は移動するとする立場では、境界確定に関する非訟理論を一般的には肯定しても取得時効が成立する場合は例外を認めなければならないのであって、この理論を一貫することはできない。ところが兼子博士はこの理論を一貫すべきであるとして、これを取得時効を斟酌すべきでないことの論拠としている。取得時効を斟酌すべきか否かは境界確定訴訟と所有権の範囲の関係いかなの問題であり、いわば境界確定訴訟の対象に関わった問題である。ここでは境界確定訴訟の法的性質についてまず理論が存在し、そしてその理論が一貫するように境界確定訴訟の対象の問題を論じるという思考過程がとられている。しかし、境界確定訴訟の対象の問題は境界確定訴訟の法的性質の問題に論理的に先行するのであってその逆ではないはずである。所有権

関連否定説は所有権の範囲が境界確定訴訟の対象であることを否定し、それによりいわゆる請求に関する非訟理論を正当化しようとした。これが無理な強弁であることは前述したが、訴訟の対象の問題から訴訟の法的性質の問題を論じたという点では正しい論じ方であった。ところがここでは境界確定に関する非訟理論が取得時効を斟酌すべきでないことの論拠とされている、すなわち訴訟の法的性質の問題から訴訟の対象の問題が論じられているのである。

九 このように、第一点、第二点ともに、地番境界説の論拠としても、また兼子博士が意図したところの、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取得時効は斟酌すべきでないとするものの論拠としても、おおいに問題があるといわねばならない。兼子博士がこのように不用意ともいえる議論をしたのは、おそら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ていたため、取得時効を斟酌すべきでないことは第三点によりあまりにも自明なことであったからであろう。

一〇 なお、兼子博士は、「裁判所は……必ずしも原告の主張に拘束されず……境界を確定する」とし、また、「本訴の性質上不利変更禁止も認められぬ」とする。博士自身はこのような請求に関する非訟理論の帰結を地番境界説により正当化するという議論をしているわけではないが、このような正当化がはたして可能かについてここで一言しておこう。前節でのべたように、所有権関連否定説は第1図のみを念頭においていた以上、境界確定訴訟の対象は所有権の範囲ではなく、ただ境界確定判決の間接の結果として所有権の範囲が確定されるだけであるから、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も許されるし、控訴審における不利益変更禁止の原則も適用されない、とすることは無理な強弁であった。しかし、地番境界説では地番の境界は当事者の所有権の範囲を画する境、すなわち所有権の境界と位置が一致するとは限らないのであるから、境界確定判決

の間接の結果として所有権の範囲が確定されることにはならず、それゆえ所有権関連否定説とは事情が異なる。しかし、地番の境界の位置と所有権の境界の位置は原則的には一致する、換言すれば地番の境界を確定することは原則的には所有権の範囲を確定することになるので、地番境界説により請求に関する非訟理論を正当化することは原則的には無理な強弁であるといわねばならない。無理な強弁にならないのは地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しない例外の場合に限られるのである。請求に関する非訟理論の当否については十分に検討されなければならない、稿を改めて論じる予定であるが、このように地番境界説によりこの理論が容易に正当化されるわけではないことに注意しなければならない。

注

- (1) 兼子一・判批・判例民事法昭和九年度三七二頁以下(三七二頁、三七三頁)。
- (2) 本稿(一)・琉大法学四五号一〇四頁、一〇五頁参照。
- (3) 民集三卷四八一頁。
- (4) 藤田東三・判批・判例民事法大正三三年度四六三頁以下。
- (5) この判決は、一筆の土地の一部には取得時効は成立しないとして原告の請求を棄却した原審判決を破棄し差戻したものであるが、もし時効完成によりその部分は従来の地番から当然に離脱するならば原告の分筆手続請求はおかしいことになろう。この判決がこの問題についてまったくふれていないということは、時効完成によりその部分は「一個ノ土地」となるが従来の地番に含まれたままであると解するためであろう。少くとも時効完成によりその部分は従来の地番から当然に離脱するとこの判決が明言しているわけではない。
- (6) 花田・前掲一二九頁は、兼子博士の判例評釈は「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」たとする。同感である

る。ただ、これのみではなく従来の有力説も兼子説の形成に影響を及ぼしたことを看過してはならない。

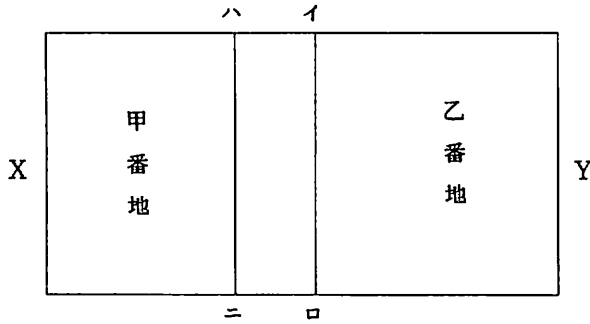
(7) そうかといって、「兼子説はこの訴訟の訴訟物を、従来の私法上の境界から公法上の境界へと大きく転換させたことになる。」(林伸太郎「境界確定訴訟に関する一考察」(一)「法学四巻四〇五頁」)わけではない。熊本博士などの従来の有力説は第1図の場合のみを念頭においた説であって、それゆえ地番境界説ではないが、そうかといって所有権境界説でもないからである。しかも、従来の有力説は所有権関連否定説であって、境界確定訴訟は当事者の所有権の範囲の確認を目的とするのではないとするのであるから、兼子説はこの点では従来の有力説と整合する。兼子説にはこのように従来の有力説に対する連続面と不連続面があるのである。ちなみに、私も地番境界説は兼子博士と吉川博士に始まると考えていたが、その前にすでに山田博士が地番境界説を主張していることを発見したのでこれを訂正した。

(8) 本稿(一)・琉大法学四五号一〇七頁参照。

第四款 昭和十五年七月一〇日大審院判決および吾妻説

一 本判決の事案を次頁の第5図で説明すれば次の通りである。Xは隣地所有者たるYを相手取って、Yが境界イロ線を越えてハニ線まで不法にも占有してきたことを理由に不法占有部分の明渡しと損害賠償を求めて訴えを提起したところ、Yは取得時効の抗弁を提出したので、Xは先の境界確定訴訟(それによりイロ線が境界であることが確定した。)の提起により取得時効は中断されたのでまだ完成していないと主張し、原審判決はこのXの主張を容れてXの請求を認容した。そこでYは、境界確定訴訟は境界線の所在の確認を求めるものであって所有権(所有権の範囲の意味であることはいうまでもない。以下同じ。)の確認を求めるものではなく、また境界確定判決は境界線の所在について既判力が生じるのみで所有権については既判力は生じないのだから、境界確定訴訟の提起により取得時効が中断されたとするのは違法である、として上告した。このようにして、境界確定訴訟

第 5 図



と所有権の範囲の関わりが争点となった。

大審院は次のように判示してYの上告を棄却した。「然レトモ相隣地一方ノ所有者カソノ經界ヲ超エテ他人ノ所有ニ属スル隣地ヲ自己ノ所有地トシテ占有スル場合ニ於テ該隣地ノ所有者カ侵入者ニ対シ兩地間ノ經界確定ノ訴ヲ提起シタル以上更ニ当該土地ニ付キ之カ所有權確定ノ訴ヲ提起セストモ右占有ニ基キテ侵入者ノ為メニ進行スル所有權ノ取得時効ハ茲ニ中断セラルルモノト解スルヲ相当トス蓋シ斯カル場合ニ於テハ正當ノ權利者ヲ保護スヘキ必要コソアレ敢テ該權利ト牴觸スル事實状態ヲ重シテ之ニ基ク取得時効ヲ進行セシムヘキ必要ハ何等存在セサルトコロナレハナリ而モ時効中断ノ事由タルヘキ裁判上ノ請求ハ給付ノ訴ノミニ限ラル、コトナク確認ノ訴ヲモ包含スルモノナルコトハ当院ノ夙ニ判示スルトコロニシテ經界確定ノ訴ヲ除外スヘキ理由ナシ尤モ經界確定ノ判決確定スルモ所有權自体

付確定力ヲ生セスト雖モ經界ハ即チ之ニ依リ確定セラルヘク從テ占有カ經界ヲ侵スモノナルニ於テハ斯カル違法状態ノ存在モ亦自ラ明瞭トナルヘキカ故ニ既ニ經界確定ノ訴カ提起セラレタル以上右ノ如キ事實状態ニ基ク取得時効ノ中断ヲ来スモノト做スニ妨ケナク之ヲ要スルニ時効中断ノ事由タル裁判上ノ請求ハ民法ノ法意ニ稽ヘ之ヲ広義ニ解スルヲ相当トシ必スシモ常ニ時効ニ因リ喪失スヘカリシ權利ソレ自体ニ付裁判ヲ求メタル場合ノミニ之

ヲ限局スルヲ得サル筋合ナリトス」

二 このように、本判決は、「経界確定ノ判決確定スルモ所有権自体ニ付確定力ヲ生セス」、しかし、「時効中断ノ事由タル裁判上ノ請求ハ民法ノ注意ニ稽ヘ之ヲ広義ニ解スルヲ相当トシ必スシモ常ニ時効ニ因リ喪失スヘカリシ権利ソレ自体ニ付裁判ヲ求メタル場合ノミニ之ヲ限局スルヲ得サル筋合ナリ」という理由で、境界確定訴訟の提起に取得時効中断効を認めた。周知のように、時効中断事由たる「裁判上ノ請求」（民法一四九条）の意味につき、当該の権利関係が訴訟物となり既判力を生じる場合に限るとするいわゆる権利確定説と、その場合に限らず一定の要件を満たしておればよいとするいわゆる権利行使説が対立しており、判例は当初は権利確定説に立っていたが、次第に権利行使説に移行し、現在は権利行使説をとっている。本判決はその移行期のものであり、本判決はこのように権利行使説をとったわけである。

しかし、本稿のテーマにとって重要なのは、本判決が境界確定判決は所有権の範囲につき確定力、すなわち既判力を生じないとしたことである。もし本判決が境界確定判決は所有権の範囲につき既判力を生じるとしたならば、権利確定説と権利行使説のいずれによっても境界確定訴訟の提起に取得時効中断効を認めることができるので、権利確定説か権利行使説かという問題や、権利行使説に立った場合の一定の要件を満たしているかにかかわらず必要はなかったのに、あえて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たのはなぜであろうか。これはおそらく兼子説や吉川説が強く作用したのであろう。取得時効の成立により境界は移動するとした昭和九年の大審院判決に対し、兼子博士と吉川博士は境界確定訴訟は所有権の範囲の確認を目的とする訴訟ではなく、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ことなどを根拠に厳しく批判した。本件において境界確定訴訟の取得時効中断効を認めた原審判決に対するYの上告理由は、引用こそしていないがこのような兼子説や

吉川説を背景としたものであったことはいうまでもない。本判決が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たことは、このように兼子説や吉川説の存在が強く作用したと見ることが出来る。

三 本判決は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、権利行使説に立つて境界確定訴訟の提起に取得時効中斷効を認めた。ところで、権利行使説の立場では時効中斷効が生じるためには当該の権利関係が訴訟物となり既判力を生じる必要はないとしても、当該の権利関係が訴訟上主張され、その主張を裁判所が判決理由中においてであれ認めたことは最低限必要である。ところが兼子博士や吉川博士が境界確定訴訟の対象とする地番の境界は当事者双方の所有権の範囲を画する境界、すなわち所有権の境界と位置が一致するとは限らない。地番の境界が判決で確定されてもそこまで原告の所有権が及んでいるとは限らない。それゆえ、原告が地番の境界までの所有権を主張しているとは見ることが出来るかはともかくとして、裁判所がその主張を認めたと見ることとはできない道理である。ところが本判決は、「経界確定ノ判決確定スルモ所有権自体ニ付キ確定力ヲ生セスト雖モ経界ハ即チ之ニ依リ確定セラルヘク從テ占有カ経界ヲ侵スモノナルニ於テハ斯カル違法状態ノ存在モ亦自ラ明瞭トナル」という理由で境界確定訴訟の提起に取得時効中斷効を認めた。しかし、地番の境界が判決で確定されてもそこまで原告の所有権が及んでいるとは限らないので、「違法状態ノ存在モ亦自ラ明瞭トナル」とはいえないはずである。これはどのように理解すべきであろうか。

四 (7)まず、本判決のいう「経界」とは所有権の境界であると解することが考えられる。所有権の境界であればそれを越えた占有は違法であるからである。境界確定訴訟の対象たる境界を所有権の境界としつつ、境界確定訴訟と所有権の範囲との関わりを理論上は否定すれば、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いうことと、境界を越えた占有は違法であるということが両立することになる。(1)次に、本判決のいう「経界」

とは地番の境界であると解しつつ、本判決は境界確定訴訟の提起に一般的に取得時効中断効を認めたのではなく、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取得時効中断効を認めたのであると解することが考えられる。本判決が「相隣地一方ノ所有権カソノ経界ヲ超エテ他人ノ所有ニ属スル隣地ヲ自己ノ所有地トシテ占有スル場合ニ於テ該隣地ノ所有者カ侵入者ニ対シ両地間ノ経界確定ノ訴ヲ提起シタル以上」とのべているのはこのような原則的な場合に限る趣旨であると解するのである。ゆさらに、地番境界説の中の不適法説に立って、このような原則的な場合のみ境界確定の本案判決がなされるのであり、その場合に取得時効中断効が生じるとしているのであると解することが考えられる。(2)最後に、本判決は地番の境界の位置と所有権の境界の位置が一致しない例外的な場合がありうることを認識していなかったと解することが考えられる。

本判決がそのうちのいずれであるかは不明であるが、(7)は当時の学説、判例の状況からすればそのような解釈は出て来にくいし、(8)は不適法説をとるならその旨をのべたであろうがまったく言及がなく、(9)は本件で取得時効が成立すればまさにその例外の場合が生じるということを考えれば不自然であるので、(1)であると推測される。最近の判例で本判決を(1)のように解していると思われるものがある。(3)現に本件において、YはXの境界確定訴訟の提起時にすでに取得時効が完成していたとか境界の合意が成立していたという主張はしておらず、境界確定訴訟提起時には原則的な場合であったことについて当事者間で争いがないので、本件は(1)により取得時効中断効を認めることのできるケースであった。

このように解すれば、戦後、判例は地番境界説に立ったが、その流れはすでに本判決に始まっていたことになり、地番境界説をとりつつ境界確定訴訟の提起に取得時効中断効を認める戦後の裁判例は、まさに本判決を先例にするということになる。

五 このように本判決は地番境界説をとりつつ、権利行使説の立場から、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き境界確定訴訟の提起に取得時効中断効を認めたものと推察されるが、権利行使説の立場では必ずやこのように取得時効中断効を認めるべきであるということにはならない。否、蕪子博士のように境界確定訴訟は所有権の範囲とは無関係であるとして突き放す立場では取得時効中断効を否定することにならぬのではなからうか。本判決のように取得時効中断効を肯定するのは、境界確定訴訟の対象たる境界は地番の境界であるとしつつも、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これを考慮する立場に立っているといつてよいであろう。本判決が「経界確定ノ訴ヲ提起シタル以上更ニ当該土地ニ付キ之カ所有権確定ノ訴ヲ提起セストモ」取得時効は中断されると解するのが相当、としていることからこのことがうかがえる。

六 本判決に対する判例評釈において、吾妻博士は権利確定説の立場から本判決の理論構成を批判し、境界確定判決は所有権の範囲について確定力を生じることと理由に境界確定訴訟の提起に取得時効中断効を認めるべきであると説いた。言わく、「従来判例は経界確定の訴の性質につき必ずしも明確な態度を示さず、境界線の確定自体を求むる場合（形成訴訟）と所有権の確定を求むる場合（確認訴訟）との両者を可能とするものの如くであるが（大正四・五・一五民録二二輯七〇五頁、判民大正一〇年三〇事件八二頁、同年九三事件二九〇頁以下中川評釈参照）、経界確定訴訟を確認訴訟と為し難いのは、判決による境界線確定が原告主張の境界線の如何に拘束されるを不可とする特殊の事情に専ら基くのであって、訴を提起する者に何等かの形による相隣者間の所有権分配の確認を求めるものと見るべく、単に形式的に某番地と某番地の境界線の確定を求むるに止まるものではあるまいと思はれる。仮りに一步を譲って確認訴訟としての性質を否定するも、判決の効果自体は相隣者間の所有権

帰属関係に対する拘束的判断乃至形成を含むものと云ひ得ないであらうか。もし之を肯定し得るとせば境界確定訴訟は前述の理由に基いて時効中断の効力を有すると云ひ得るであらう。」と。

吾妻博士は、従来の判例は境界線の確定自体を求める場合は形成訴訟とし、所有権の確認をも求める場合は確認訴訟としたものと解して、境界確定訴訟は確認訴訟か形成訴訟かという問題と関連させて論じているが、従来の判例をこのように解するのは正しくない。それはともかくとして、博士は、「訴を提起する者に何等かの形による相隣者間の所有権分配の確認を求めるものというべく」として、原告の意思を根拠にして、境界確定判決に所有権の範囲についての確定力を認めるべきだとし、それを理由に境界確定訴訟の提起に取得時効中断効を認めるべきであると論じたのである。

七しかし、博士はこれにとどまらず、続けて次のようにのべている。「かく考へれば境界確定の当時既に相隣者の一方が相手方の土地の境界に接する一部につき取得時効の要件を具ふるときは、裁判所は之を境界確定につき当然顧慮すべきこととなり、又もし当該訴訟に於て時効を援用せざるときは、その判決確定後は時効の主張を許されざるものと考ふべきこととなるるか(大判昭和九・八・一〇民集二三卷一九號一六一七頁は原審に反して境界確定につき取得時効を顧慮すべしといふ。但し兼子氏は之に反対される。判民昭和九年度一一四事件三七一頁以下参照)。」

このように、吾妻博士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賛成する。大審院判決と同様、博士においても、取得時効の成立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いが、前者であればまさに所有権境界説を唱えたことになる。そして、その根拠となったのが原告の意思である。所有権境界説の根拠を原告の意思のみに求めることができる

かは問題であるが、それはともかく吾妻博士がこのような実質的な根拠をもち出して議論していることは、兼子博士や吉川博士の議論の仕方と対照的である。

八 以上、吾妻博士は、山田博士、吉川博士、兼子博士が主張する地番境界説に反対したが、判例評釈の最後では、「但し訴訟法上の離間を含み、今後の研究に俟ちたいと考へてゐる。」とのべている。

注

(1) 民集一九卷二二六五頁。

(2) この問題については、例えば平井一雄「裁判上の請求と時効の中断」民法の争点一九二頁、およびそこに掲げられている文献参照。

(3) 奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟講座4一七九頁以下(二〇〇頁)は、「境界に接する「具体的土地」の所有者が当事者適格を有するのであるから、当事者適格に関する主張として所有権についての権利主張が含まれている」として不適法説の立場から境界確定訴訟の取得時効中断効を肯定している。しかし、本判決がこのような趣旨であるというのではなく、「結論は是認すべきものと考えられる。」というのである。

(4) 最判平成元年三月二八日(判例集未登載)。この判決については、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参照。

(5) 吾妻光俊・判批・判例民事法昭和一五年度二八六頁以下。

(6) 例えば博士が引用している大判大正四年五月一五日民録二二輯七〇五頁は境界確定訴訟には「単ニ経界ノミニ不明若クハ争アル場合」と「経界ニ争アルト同時ニ所有権ノ範圍ニ争アル場合」とがあるとするが、両者で区別せずに境界確定訴訟は「宣言的判決ヲ求ムル訴」、すなわち形成訴訟であるといっているし、判民大正一〇年三〇事件、すなわち大判大正一〇年三月五日民録二七輯四二一頁も「相隣地間ノ経界線ヲ確定スルト同時ニ其線内ノ土地所有権ノ帰屬ヲ確定スル訴」

について「経界線ヲ判決ニヨリテ形成スル」といっているし、判民大正一〇年九三事件、すなわち大判大正一〇年六月八日民録二七輯一〇八一頁は「争アル所有權ヲ基本トシテ経界ノ確定ヲ求ムル訴訟」が確認訴訟か形成訴訟かについてふれていない。本判決自体、境界確定訴訟を確認訴訟と解しながら、境界確定判決は所有權の範圍につき確定力を生じないとしていっているのである。このように、判例上、境界確定訴訟が確認訴訟か形成訴訟かという問題と、境界確定訴訟と所有權の範圍の関わりを理論上肯定するか否かの問題とは対応關係にあるとはいえない。

(7) 吾妻・前掲二八九頁。

(8) 吾妻・同二九〇頁。

第五款 その他の学説・判例

一 第二期のその他の学説・判例の中で境界確定訴訟の対象の問題との関連でふれておくべきのは次のものである。

まず、昭和一二年三月一〇日の大審院判決⁽⁷⁾は境界確定の基準について判示した有名な判決であるが、そこには、「所有權ノ境界コソ判明セサレ兩地所有者ノ各自占有セル地域ハ則チ截然タル一線ヲ以テ区分セラレアルトキハ此ノ線ヲ以テ所有地ノ境界ト為スヲ要ス何者占有者ハ反証無キ限り之ヲ所有者ト認ムヘキヲ以テナリ」という表現が見られる。それからすればこの判決のいう境界とは所有權の境界であるかのようであるが⁽⁸⁾、この判決においては取得時効や境界の合意はまったく問題となっておらず、それゆえ取得時効の成立により境界は移動するかとか、境界の合意は境界確定にとって決定的な意味を有するかということの問題になっていないことに注意しなければならぬ。すなわち、この判決は地番の境界の位置と所有權の境界の位置が一致する原則的な場合について

境界確定の基準を示したにすぎず、右に引用したような表現があるからといって、そこから直ちに取得時効の成立により境界は移動するとか境界の合意は境界確定にとって決定的な意味を有するということが当然に導かれるわけではないのである。しかし、そうかといって反対に、取得時効の成立や境界の合意についてふれていないということはこれらは境界確定にとって決定的な意味を有しないことを意味していると解するのも不当である。

二 薄根正男判事は右の判決の判例評釈において、「境界は之を法律関係として観れば、土地所有権の境界の確認を求めるものと解する。所有権の隣接部分の一断面を確認するのみで其の他の側面に於ける境界は確認しない。」とのべている。この表現からすれば薄根判事は所有権境界説であるかのようなようであるが、判事は取得時効や境界の合意についてまったくふれておらず、かえって、「境界は甲乙両地の接触線で、其の各所有権の領域が相接し所有権の境界を成す」とのべており、第1図の場合のみを念頭においた所有権関連肯定説であると一応見られる。ところが判事は最初に引用した文章に続いて、「又土地所有権の客観的境界のみを確認するので主観的の帰属関係を確認しないものと思ふ。」とする。そうすると最初の文章における「所有権」とは帰属関係をぬきにした所有権ということになる。帰属関係をぬきにした所有権とは何か。結局これは所有権の対象たる物自体を意味するのと解するはかない。そうすると最初の文章における「所有権の境界」というのも物の境界を意味するのであって、当事者の所有権の境界を意味しないことになる。結局、薄根判事の所説は所有権関連否定説に帰するのであろうか。いずれにせよ第1図ノ場合のみを念頭においた説であるということに注意する必要がある。

三 昭和一六年六月二四日の大審院判決は境界確定訴訟における境界の位置についての明白を有効としたが、そのような明白が有効か否かはまったく争点となっていない。境界確定訴訟の対象たる境界が地番の境界であればそのような明白を有効とすべきではないということになるが、当時は学説においてもそこまで議論が及んでい

なかった。

注

- (1) 民集一五卷六九五頁。
- (2) 小川正澄「境界確定の訴についての若干の考察」判例タイムズ一五九号二四頁以下(二五頁)はこの判決をこのように解するようである。
- (3) 薄根正男・判批・民商法雜誌四卷四号二二二頁以下(二三六頁、一三七頁)。
- (4) 薄根・同二三五頁。
- (5) 薄根・同二三七頁。
- (6) 薄根判事の所説は一般に土地所有権限界確定訴訟説と呼ばれている。小室直人「境界確定訴訟の再検討」中村古稀・民事訴訟の法理一一五頁以下(一二三頁、一二四頁)、村松俊夫・境界確定の訴(増補版)四九頁、伊藤盤子「境界確定の訴訟に関する判例・学説」最高裁判務総局・境界確定訴訟に関する執務資料六四九頁引下(六五二頁)など。その「土地所有権」とは当事者の所有権を意味しているようであるが、このような理解は薄根判事が「土地所有権の客観的限界のみを確認するので主観的の帰属関係と確認しないものと思ふ。」とのべていることと整合しない。
- (7) 法律新聞四七二六号二三頁。蓼子Ⅱ松浦Ⅱ新堂Ⅱ竹下・条解民事訴訟法九五三頁参照。