



## 境界確定訴訟の意義について

八田, 卓也

---

**(Citation)**

民事訴訟法理論の新たな構築 : 新堂幸司先生古稀祝賀:97-125

**(Issue Date)**

2001-10

**(Resource Type)**

book part

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004124>



境界確定訴訟の意義について

八田卓也

- 序 本稿の問題意識
- 一 判例の立場の整理
- 二 判例の立場の評価
- 三 まとめ

## 序 本稿の問題意識

境界確定訴訟については、周知のとおり今日に至るまで有益な議論の蓄積がある。その流れをごく大雑把に整理するとすれば、境界確定訴訟の中心的意義を、土地所有権の範囲が真偽不明の場合にも証明責任の適用を排除することにより公平な形でこれを確定することに求める点では共通しながら、訴訟の対象を何とするかについて、判例が大審院・最高裁を通じての判決の積み重ねの末、これを公簿上の筆界（以下、原則として単に筆界と称する）とすることに落ち着くに至ったのに対し（かかる把握が同時に通説であるとされる）、有力学説が所有権範囲確定機能との連続性・整合性を理由に、所有権の境を境界確定訴訟の対象に据えるべきであるという批判を加えてきた<sup>(1)</sup>、と整理することができよう。<sup>(2)</sup>

その中で、近時、学説内にやや新しい流れが生じているように思われる。一つの流れは、学説による批判（筆界を境界確定訴訟の対象に据えることは、境界確定訴訟の意義を所有権範囲の確定に求めると整合しない<sup>(3)</sup>）という批判<sup>(4)</sup>をうけて、判例（・通説）の立場を再構成する説が登場していることである。具体的には、これまで通説・判例により必ずしも十分な基礎付けがなされてこなかった筆界を対象とする境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を、なんとか合理的に説明付けようという動きである<sup>(3)</sup>。もう一つの流れは、分筆登記の前提として筆界を確定することにも意義があるとすると判例の指摘<sup>(4)</sup>を受けて、このように対抗要件の及ぶ範囲を確定する訴訟として筆界を対象とする境界確定訴訟の存在意義を認めながら、それと並列して、土地所有権の境界を直接の対象とする境界確定訴訟を認めるべきである、とする学説が登場していることである。これまでの通説・判例批判が、筆界を対象とする境界確定訴訟ではなくて、所有権界を対象とする境界確定訴訟を認めるべきだとしてきたのに対し、この近時の有力説は、筆界を対象とする境界確定

訴訟と並んで、所有権界を対象とする境界確定訴訟を認めるべきだとする点で、新しい主張を含んでいるように思われる。<sup>(5)(6)</sup>

また、判例内部に目を向けても、近時興味深い判例が登場しており（具体的には後述する、平成七年判決と、最判平成一一・二・二六判時一六七四号七五頁（以下平成一年判決と略称する））、判例の立場の客観的位置付けを再検討することにも、意義があるように思われる。

そこで本稿では、覚書にも満たない小さな試みではあるが、上記二つの判決の整理を通じた判例の立場の客観的位置付けを試み（また、その中で上記学説の新しい流れのうちの第一としたもの、つまり筆界を対象とした境界確定訴訟の所有権範囲確定機能の再構成の試みの評価も試みる）、それを踏まえた上で、上述した学説の第二の新しい流れによる問題提起に照らし、先に整理した判例の立場を再評価することを、試みたい。

なお、以下では、公簿上の筆界に画され、隣接する二地を甲・乙地とし、甲地の所有者をX、乙地の所有者をYと考えることにする（但し、時効取得等により、YがXの土地の一部を取得していることは、あり得る）。

(1) それに応じ、訴訟の性質・特徴をどのように把握するべきか（処分権主義、不利益変更禁止原則の不当を認めるべきか、など）についても、見解が分かれ、議論があった。

(2) 境界確定訴訟をめぐる判例・学説の議論の流れについては、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』（有斐閣、二〇〇〇年）七五頁以下、林伸太郎「境界確定訴訟に関する一考察（一）」（三・完）東北大学法学四八巻三号三八九頁、四号五五一頁、四九巻二号三〇五頁（一九八四―八五年）、玉城勲「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か（一）」（四・完）琉球大学法学四五号一〇三頁、四六号一頁、四七号一頁、四八号一頁（一九九〇―九二年）、花田政道「土地境界確定訴訟の機能」中川善之助・兼子一監修『不動産法体系⑥』（青林書院新社、一九七〇年）一六頁が、詳細であり、これらに譲る。

(3) 後述する畑説・高橋説が、これに当たる。

(4) 最判昭和五八・一〇・一八民集三七巻八号一一二二頁、最判平成七・三・七民集四九巻三号九二〇頁（以下平成七年判決と略称す

る」。

(5) 後述する、林説、山本説が、これに当たる。

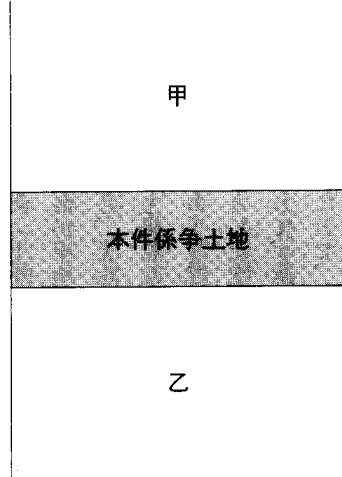
(6) 結局、境界確定訴訟をめぐる議論には三つの軸があることになる。第一は、訴訟の対象を何であると考えるか、具体的には公簿上の筆界と考えるか、生の土地所有権の境界と考えるか。第二は、訴訟の性質・特徴をどのように把握するか。第三は、境界確定訴訟の意義・機能を、何に求めるか（具体的には、所有権範囲の確定か、對抗要件範囲の確定か）。これら三つの軸が互いに連動しているが、その連動が緩いこと（つまり、一つの軸について特定の立場をとることが、他の軸について特定の立場をとることを必然化しない）が、境界確定訴訟の議論を複雑にしているのであろう。

## 一 判例の立場の整理

### 1 二つの最高裁判例

(1) 平成七年判決（平成七・三・七民集四九卷三号九一九頁）

〔事案〕 Xら二名が甲地を所有、Yが乙地を所有し、甲乙両地は隣接する関係にあった。Xら・Y間で、両地の筆界につき争いが生じ、Xらは、筆界は図イ・ロ線であると主張して境界確定の訴えを提起した。これに対し、Yは図ハ・ニ線であると主張した（イ・ロ・ハ・ニで囲まれる土地を「本件係争土地」と称する。なお、この本件係争土地には、Y所有の建物が建設されている）。また、Yは本件係争土地の時効取得を抗弁として主張した。第一審は、甲乙地の筆界は図イ・ロ線であるとした上で、Yによる本件係争土地の時効取得を認め、そうすると甲乙地の筆界はY所有地内部にあることになるとして、訴えを却下した。Xの控訴を受けた第二審は、甲乙地の筆界は図イ・ロ線であるとする第一審の判断を維持した上で、一方当事者による筆界に接する土地部分の時効取得は、境界確定訴訟の当事者適格に影響を及ぼさないとし、時効取得の成否については判断をせず、一審判決を取り消して、甲乙地の筆界を図イ・ロ線と

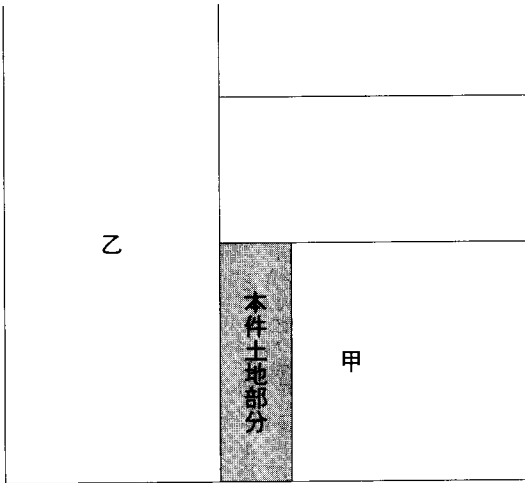


する本案判決を下した。なお、本件では、Xによる他の土地所有権確認・建物取去土地明渡等の請求の併合はなく、Yによる土地所有権確認等の反訴提起もなされなかった。Yが、Xの原告適格を争って、上告。

〔判旨〕 上告棄却。

「境界確定を求める訴えは、公簿上特定の地番により表示される甲乙両地が相隣接する場合において、その境界が事実上不明なため争いがあるときに、裁判によって新たにその境界を定めることを求める訴えであって、裁判所が境界を定めるに当たっては、当事者の主張に拘束されず、控訴された場合も民訴法三八五条〔現行法三〇四条〕の不利益変更禁止の原則の適用もない〔最判昭和三八・一〇・一五民集一七卷九号一二二〇頁参照〕。

右訴えは、もとより土地所有権確認の訴えとその性質を異にするが、その当事者適格を定めるに当たっては、何びとをしてその名において訴訟を進行させ、また何びとに対し本案の判決をすることが必要かつ有意義であるかの観点から決すべきであるから、相隣接する土地の各所有者が、境界を確定するについて最も密接な利害を有する者として、その当事者となるのである。したがって、右の訴えにおいて、甲地のうち境界の全部に接続する部分を乙地の所有者が時効取得した場合においても、甲乙両地の各所有者は、境界に争いがある隣接土地の所有者同士という関係にあることに変わりはなく、境界確定の訴えの当事者適格を失わない。なお、隣接地の所有者が他方の土地の一部を時効取得した場合も、これを第三者に対抗するためには登記を具備することが必要であるところ、右取得にかかる土地の範囲は、両土地の境界が明確にされることによって定まる関係にあるから、登記の前提として時効取得にかかる土地部分を分筆するためにも両土地の境界の確定が必要となるのである〔最判昭和五八・一〇・一八民集三七卷八号一二二頁〕。』



(2) 平成一一年判決（平成一一・二・二六判時一六七四号七五頁）

〔事案〕 甲乙両地は隣接している。乙地はYら二名が共有している。甲地はもともCが所有していたが、甲地のうち、乙地の境界全部に接続する部分四坪（以下本件土地部分）をDに譲渡し、残余土地をXに譲渡した（すなわち、本件土地部分の位置・範囲は、甲乙両地間の筆界を基準として定まる関係にある）。しかし、本件土地部分の分筆はなされず、甲地全部につき、Xに対し所有権移転登記が経由された。その後、X・D間で、甲乙両地間の筆界につき争いが生じ、XがDを被告として境界確定の訴えを提起した（なお、Xは甲地と並んで乙地と筆界を接する外二筆の土地についても、乙

地との筆界の確定を求めて境界確定の訴えを併合提起しているほか、土地所有権確認・土地明渡を請求する訴えも併合提起している。また、それに対し、Dも土地所有権確認の反訴を提起している。判例時報の記載からは、どの土地についてX・Dが所有権確認・明渡等を求めたのかは、判然としないが、甲地内の土地であるようである。本件訴訟中Dが死亡し、Yらが相続人として訴訟承継をした。

原審は、X・Yらの当事者適格具備を前提として、甲乙地間の筆界を確定した上で、それに基づき、甲地のうち本件土地部分とそれ以外の部分の範囲を認定し、Xの所有権確認・明渡請求を一部認容し、Yらの反訴を棄却した。それに対し、Xの当事者適格を争い、Yが上告。

〔判旨〕 上告棄却。

「境界確定の訴えは、公簿上特定の地番により表示される甲乙両地が相隣接する場合において、その境界が不明なため争いがあるときに、裁判に



よってその境界を定めることを求める訴えであつて、相隣接する甲乙兩地の各所有者が、境界を確定するについて最も密接な利害を有する者として、その訴えの当事者適格を有する。そして、甲地のうち境界の全部に接続する部分を乙地の所有者が時効取得した場合においても、甲乙兩地の各所有者は、境界に争いがある隣接土地の所有者同士という関係にあることに変わりはなく、境界確定の訴えの当事者適格を失わないのである（最判平成七・三・七民集四九卷三号九一九頁）。

以上のことは、甲地の所有者が、甲地のうち境界の全部に接続する部分を乙地の所有者Aに譲渡し、甲地の残余の部分をBに譲渡したが、甲地の分筆登記がされず、甲地の全部についてBに対する所有権移転登記が經由された場合も同様であつて、甲乙兩地の境界を確定することによって初めてA及びBが譲り受けた各土地の範囲が特定されるのであるから、A及びBは、各所有する土地が相隣接し、甲乙兩地の境界を確定するについて最も密接な利害を有する者として、甲乙兩地の境界確定の訴えの当事者適格を有するものといふことができる。」

「これを本件について見ると、……YらとXとの間に本件境界について争いがあり、これを確定することによって初めてX取得土地及びD取得土地の範囲の特定が可能になるといふのである。右事実関係の下においては、X所有の土地とYら共有の土地とは相隣接する関係にあつて、XはX取得土地の範囲の特定のために本件境界を確定する必要があるから、Xは、本件境界について境界確定の訴えの当事者適格を有するものといふべきである。」

平成一一年判決は、冒頭で平成七年判決を引用しており、卒然と読めば、平成七年判決の法理を応用した事例的判決であるようにも、読める。しかし、平成七年判決と平成一一年判決を連続して位置づけようと試みると、両者の関係につき以下の三点の疑問にぶつかる。

第一は、境界確定訴訟の意義・目的に関する疑問である。平成七年判決は、一方当事者が筆界線を越えた相手方土地を時効取得した場合にも、当事者適格に影響はなく境界の確定をする意義は失われまいとする。一方当事者が相手方土地を時効取得した場合には、筆界は所有権の境とは無関係になつてゐるはずであり、従つて平成七年判決は、所有権範囲の確定に意味がない場合でも境界確定をすることを志向する趣旨にも読める。それに対し、平成一一年判決

は、「XはX取得土地の範囲の特定のために本件境界を確定する必要がある」ことを理由に、「Xは、本件境界について境界確定の訴えの当事者適格を有する」としており、あくまで土地所有権の範囲の確定にとつて意義があることが、境界確定訴訟を認める条件となると解しているようにも読める。<sup>(7)</sup>この点で、両判決間に食い違いがあるようにも見受けられるが、両者の関係をどのように理解すればよいのか、という疑問である。

第二は、境界確定訴訟（・判決）による境界確定が持つ意味に関する疑問である。平成七年判決は、境界確定の訴えを、裁判によって「新たに」境界を定めることを求める訴えである、と位置づける。この「新たに」を強調して読めば、判決によって引かれる筆界（以下、判決により定まる筆界を、「筆界」と表記する）は、それまで存在はしていたはずであるが、位置が事実上不明であった甲・乙地間の筆界（以下この、位置が不明ではあるが、客観的に存在してきたはずの筆界を〈筆界〉と表記する）とは無関係であり、実際に〈筆界〉がこれまでどこにあったかはひとまずおいておいて、これからは筆界はここだということにしましょう、というのが、境界確定訴訟（・判決）のもつ内容だ、ということになる。それに照らした場合、平成一年判決の事案は、X・Yの所有地間の境界が、もともと存在していたはずの〈筆界〉から四坪甲地側に入ったところに存在していた、という事案であり、X・Y所有地間の境界を確定するために、本来の〈筆界〉がどこにあったかを明らかにしなければならぬ、という事案であった。もし、平成七年判決の言うが如く、境界確定判決が、これからどこを甲乙地間の筆界と扱うべきかを定めるものとすれば、平成一年判決のような事案で、境界確定訴訟をおこなうことは、本来の〈筆界〉が明らかになるわけではない以上、無意味であることになろう。このように、境界確定訴訟における「境界確定」のもつ意味内容について、両判決間の理解に相違があるように見受けられるが、この点如何、というのが、第二の疑問である。

第三の疑問は、第一の疑問とも関連するが、両判決は、分筆登記の前提としての筆界確定のみを目的とした境界確定の訴えを承認するのだろうか、という点に関わる疑問である。平成七年判決は、「なお書き」で、分筆登記のため

の境界確定の必要を認める。分筆登記のための境界確定の必要性自体は認めつつ、あくまでそれは時効取得のケース<sup>(9)</sup>における相隣接土地所有者の境界確定訴訟当事者適格肯定の主要因ではなく、補足的な要因と位置づける、という形を取っており、この点に関する平成七年判決の立場は、微妙であると評価できよう。対し、平成一一年判決は、あくまで所有権範囲の確定に照準を当てて境界確定訴訟の許否を判断しているように見受けられ、分筆登記の前提としての筆界確定を目的とした境界確定の訴えを、否定する趣旨であるようにも見受けられる。かかる両判決を、どのように整合的に理解するか、というのが、第三の疑問である。

以下にて、平成七年判決の論旨に立ち入って検討を加えた上で、両判決の關係に関する上記の疑問につき、回答を模索したい。

## 2 平成七年判決の論旨の検討

平成七年判決と平成一一年判決の關係について考察する前提として、まず平成七年判決の論旨について、検討を加えたい。

(1) 平成七年判決は、「境界確定の訴え」の当事者適格を定めるに当たっては、何びとをしてその名において訴訟を進行させ、また何びとに対し本案の判決をすることが必要かつ有意義であるかの観点から決すべきであるから、相隣接する土地の各所有者が、境界を確定するについて最も密接な利害を有する者として、その当事者となるのである。」(亀甲パーレン内は筆者)とした上で、「右の訴えにおいて、甲地のうち境界の全部に接続する部分を乙地の所有者が時効取得した場合においても、甲乙両地の各所有者は、境界に争いがある隣接土地の所有者同士という關係にあることに変わりはなく、境界確定の訴えの当事者適格を失わない。」と述べており、時効取得のケースが、通常のケースと<sup>(10)</sup>、当事者適格肯定の理由付けにおいて区別されない關係に立つ、と解しているように読める。この点を、どのように理解するべきか、問題となるように思われる。

この点は、以下のように理解することができないであろうか。平成七年判決によれば、境界確定の訴えは、「新たに」筆界を定めることを求める訴えである。すなわち過去の筆界が奈辺にあったかを明らかにするのではなく、これからは筆界をどこにするべきかを定めるのが、境界確定訴訟である。であるとすれば、筆界Ⅱ所有権界という通常のケースにおいても、裁判所が境界確定判決により定める「筆界」は、それまで客観的には存在してきたはずだが具体的位置が不明だった〈筆界〉とは、一致しないのが原則であり、従って、〈筆界〉に一致するところの所有権の境とも、一致しないのが原則であるということになる。

そうすると、時効取得により所有権の境がずれようがずれまいが、裁判所の定める「筆界」と、所有権界は一致しない、ということになる。一部で有力に唱えられてきたように、同一当事者の所有地内に「筆界」が引かれる場合には、境界確定の訴えは当事者適格を欠く、という規律を貫こうとすれば、境界確定の訴えを否定しなければならなくなる（しかし、通常のケースで裁判所が過去の筆界と異なる線で筆界を定める可能性を封じてしまつては、境界確定の訴えを認める意義がなくなってしまう。境界確定の訴えを認める第一の意義は、過去の筆界の位置を明らかにすることができない場合にも、証明責任適用の原則を排してどこかで線を引く点にあると考えられてきたからである）点では、時効取得のケースも、通常のケースも同じであるということになり、両者を区別する意味がなくなることになる。

平成七年判決が、時効取得のケースを通常のケースと区別せずに当事者適格の有無を判断したのは、以上のような事情を考慮した結果と考えることができるのではなからうか。

しかし、通常の場合でも、裁判所の定める「筆界」は、所有権界と一致するわけではない、ということ正面から認知した場合、時効取得等、所有権界が〈筆界〉と当初から異なる場合だけでなく、一般的に境界確定判決により引かれる「筆界」は所有権界と一致しない、ということになり、今度は一般的に、境界確定訴訟を認める意義が、問われることになる<sup>12)</sup>。あくまで、境界確定訴訟の意義は所有権の範囲の確定にある、とするのであれば、〈筆界〉・所有

権界と異なる線で「新たに」引かれる「筆界」が、どのように所有権範囲の確定に寄与するのが、問われよう。

(2) これらの問いに対する回答としては、以下の四通りの考え方が、現に主張されているか、ないしは考えられる。<sup>(13)</sup>

第一に、当事者の意思を介することにより、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を正当化する立場がある。<sup>(14)</sup>これは、さらに以下の二つの立場に分かれ得る。一つ目は、境界確定訴訟が提起されるのは、別に所有権の範囲を証明する手段を当事者が有しないからである。別途所有権の範囲を証明する手段がない以上、境界を確定する判決が下ったら、当事者としてはそこが所有権の境でもあると扱わざるを得ず、扱うようになる。このような事実上の作用をもって、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を説明付ける立場である。二つ目は、境界確定訴訟が提起される場合には、判決によって引かれる「筆界」を所有権界としようという（事前の）合意が存在する。その合意の効果により、「筆界」が所有権界としても通用するようになる、と説明付ける立場である。第二に、境界確定訴訟における立証活動等を通じて明らかにした事実が、事実上〈筆界〉の位置についての判断資料を提供してくれる。それが、ひいて所有権の範囲の確定に役に立つ、そのように、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を説明する立場がある。<sup>(15)</sup>第三の立場は、筆界確定判決は、同時に、当事者の間でそれが所有権界でもあるということを確認する効力をも有する、と見る立場である。<sup>(16)</sup>判決の効力として、所有権の範囲も確定される、と説明する立場ということになる。最後に、筆界を対象とする境界確定訴訟の意義は、所有権範囲の確定にあるのではなく、分筆登記の前提として公簿上の筆界を定めること自体にあると見る立場がある。<sup>(17)</sup>境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を放棄する立場ということになる。

以上の中で、第一から第三の立場は、あくまで境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を維持しようとする立場である。確かに、〈筆界〉が同時に所有権界を画する通常のケースでは、これらの説明により境界確定訴訟の所有権範囲確定機能は一応基礎付けられ得るように思われる。ただし、これらの立場で、時効取得のケースにおける境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を基礎付けることができるかは、検討を要する。時効取得のケースでは、所有権界は時効取得の

ラインで画されるのであり、〈筆界〉はすでに所有権界とは無関係になっているからである。この点については、次のように解することができるが、できようか。まず、時効取得のケースでは〈筆界〉が所有権界と無関係になっているというの、その通りであるが、しかし、判例は自己の土地の時効取得も認めており、時効取得の対象とされた土地が真に他人の土地であったかは、〈筆界〉がどこにあったかに依存する。〈筆界〉が時効取得のラインよりも時効取得者（平成七年判決で言えばY）所有地側にあつたとなつて初めて、時効取得の認定された土地が、もとは相手方の土地であつたことがはつきりする。<sup>(19)</sup>すなわち、〈筆界〉が時効取得者所有地内にあることが明らかになれば、時効取得者が、後になつて〈筆界〉が時効取得のラインよりも相手方所有地側にあるとして所有地の拡張を主張してくることを阻止することができる。〈筆界〉の位置を明らかにすることは、時効取得のケースについても、この意味において所有権範囲の確定に寄与すると言ふことができる。このように見ると、第二の立場による境界確定訴訟の所有権範囲確定機能の基礎付けは、時効取得のケースにおいても通用することになる。第一・第三の立場による基礎付けは、そのままでは時効取得のケースには妥当しないが、しかし、効果の生じる対象を、直接に当事者の所有権の範囲とするのではなく、「係争両地間の〈筆界〉が判決によって引かれた線であつたこと」に<sup>(20)</sup>ずらせば、時効取得のケースをも含めて、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を説明することができるようにならう。

(3) 結局、以下の四通りの方法で、時効取得のケース、通常のケースを含め、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を正当化することが可能であることになる。

① 第一は、判決効として、「筆界」を新たに定める効果のほかに、当事者間では、裁判所が定めた「筆界」が〈筆界〉でもあることについて既判力が生じると見る方法である。

② 第二は、裁判所が「筆界」を定めれば、それを〈筆界〉として扱うとする事前の合意が当事者間にあると見る方法である。

③ 第三は、裁判所が「筆界」を定めれば、事実上、当事者は「筆界」を〈筆界〉として扱うようになる、と説明する方法である。

④ 第四は、境界確定訴訟の経過の中で提出される証拠等より、〈筆界〉が明らかになる、と説明する方法である。以上のうち、④の立場は、境界確定訴訟の意義は、結果としての判決にあるのではなく、係属中の審理自体にあると見る立場ということになる。この立場では、〈筆界〉の位置が審理の結果判明しなかった場合にも裁判所が裁量により線を引くという規律を境界確定訴訟に採用する意義は、仮に〈筆界〉の位置について真偽不明でも裁判所が一応線を引いてくれるので証明責任の適用により自己の所有権が広く否定される心配がないということを保障することにより、立証可能性について不安を抱いている原告の訴え提起に対する抵抗感を軽減することができるという点に見出すことになろう。確かに一つの興味深い考え方ではあるが、この立場では、訴訟の結果、〈筆界〉について何らかの証拠が得られた場合にのみ、境界確定訴訟をした意味があったということになり、結果として無意味におわる境界確定訴訟の存在を認めることになる。そのような可能性を前提とした上で被告に応訴を強いることを正当化するには困難が伴うように思われ、結局④の立場単独で境界確定訴訟の所有権範囲確定機能を基礎付けることは難しく、この考え方は他の立場を補強する程度の説明として位置付けるのが、妥当であるように思われる。

③の立場は、所有権範囲確定作用の主要な部分を、当事者の事後的自主的活動という事実上の問題に委ねる立場ということになる。強制執行の担保のない給付・確認判決を認めることに類似しよう。所有権の範囲について法的な効力を持つ判断が下されるわけではないので、例えば所有権範囲の確認や、土地明渡などの請求がなされても、境界確定判決によって確定された「筆界」を、これらの請求における判断の前提として用いることはできない点に注意しなければならない。「筆界」を「新たに定める」という境界確定訴訟の性質決定との整合性においては、一番無理が少くない反面、限定された所有権範囲確定機能しか、境界確定訴訟に付与することができない。

②の立場も、所有権範囲確定作用の主要な部分を当事者の自主的行動に委ねる点で、③の立場に等しいが、「事前の合意」を媒介として用いることにより、③の立場よりも法的に安定した所有権範囲確定機能を基礎付けることができる。しかし、反面、「事前の合意」の存在が要件となることから、厳密にみれば、被告による「筆界」をもって「筆界」と扱うこと」に対する同意が認定できなければ、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能、ひいては適法性を基礎付けられない。応訴義務のない特殊な訴訟ということになるか。

①の立場が、最も安定した所有権範囲の確定機能を境界確定訴訟に付与することができる<sup>(21)</sup>。が、反面、「筆界」が「筆界」であること」についての既判力を当事者間に通用させる法的根拠が問われることになる。また、事実事項についての既判力というものをどのように把握すればよいのか、という問題も残る<sup>(22)</sup>。

④の立場が、他の立場の補強的位置付けを持つとすると、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能の基礎付けとしては、結局、①ないし③の立場が残ることになる。それぞれ上述したような長短を有するが、いずれの立場も、論理的には成立し得よう。

平成七年判決に照らした場合、「筆界」を「筆界」と扱うとの事前の合意」の存在を認定していないところからすれば、②に平成七年判決が立っているとは考えにくい。残りは、①または③の立場ということになるが、これらの中では③の立場の方がより平成七年判決との整合性が高いように思われるが、どちらの立場も、平成七年判決と積極的矛盾をきたすわけではないように思われる。

結局、平成七年判決も、あくまで所有権範囲の確定を目的として、当該事案における境界確定訴訟の適法性を肯定したと位置付けることが可能であり、その具体的説明としては、上記①または③が考えられるということになる。

### 3 平成七年判決と平成一一年判決の関係

#### (1) 第三・第一の疑問について



まず第三の疑問から考察すると、平成七年判決は、所有権範囲の確定を目的として当該事案における境界確定訴訟を肯定したと見ることが可能であること、分筆登記の前提としての境界確定訴訟の必要性を、「なお書き」で説いていることからすれば、平成七年判決は、当該事案との関係では、所有権範囲確定目的を主眼において境界確定訴訟の適法性を肯定しており、分筆登記の前提としての境界確定訴訟については、肯定も否定もしていない、と見るべきことになろう。

他方、平成一一年判決は、Xの所有権範囲確定に対する利益を根拠にXの原告適格を肯定しており、分筆登記のための利益を境界確定訴訟の適法性を基礎付ける利益として否定しているように読めないこともない。しかし、当該事案で、分筆登記の利益を有したのは訴え却下を求めて上告したYであり、この事件で分筆登記の利益を理由に境界確定訴訟の適法性を基礎付けることは無理であった。平成一一年判決が所有権確定機能にこだわったのはこのような事情に基づくものであると考えることができ、分筆登記のための境界確定訴訟を否定する趣旨にとることはできない。

結局、平成七年判決・平成一一年判決ともに、分筆登記の前提としての境界確定のみを目的とした境界確定の訴えを、否定する趣旨でも肯定する趣旨でもなく、これを認めるか否かは、判例においてブランクに残されていると見るべきであろう。

同様に、第一の疑問についても、平成七年判決も所有権範囲の確定を念頭において境界確定の訴えを許容したと見ることが可能であり、他方、平成一一年判決が所有権確定機能を全面に押し出したのは事案との対応からくるものであるとすれば、両判決は相互に矛盾することはない、と評価しうることになろう。

総合すれば、判例の立場は以下のようなだろう。まず、平成七年・平成一一年の両判決ともに、所有権範囲の確定を第一義的な目的として、境界確定訴訟を肯定している。分筆登記のみを目的とした境界確定訴訟の適法性については、両判決とも判断を下しておらず、ブランクに残されている。

## (2) 第二の疑問について

前述の通り、境界確定訴訟の所有権確定機能の説明としては、前述①～③の立場があり得ると思われる。平成一年判決がこのうちのどの立場と親和的かを考察すると、平成一年判決は、「X取得土地の範囲の特定のために本件境界を確定する必要がある」ことを理由に、当該事案における境界確定訴訟の適法性を基礎付けている。もし、境界確定判決が、X取得土地の範囲の特定に直接寄与するという趣旨であるとすれば、境界確定判決は、何らかの形で〈筆界〉を確定するものでなければならない。甲地内のX・Y取得土地の範囲は、〈筆界〉の位置に依存するからである。特に原審は、境界確定判決によって引かれた筆界線を甲地内のX・Y取得土地範囲確定のための基礎として利用しているように思われ、これを平成一年判決が積極的に許容するものであるとすれば、境界確定判決は〈筆界〉を確定するものでなければならないことになる。<sup>(24)</sup>

そうすると、平成一年判決は、①もしくは②の立場との親和性が高いことになる。これらの立場は、何らかの形で当事者間で〈筆界〉の位置が確定されることを認める立場だからである。平成一年判決が「筆界」をもって〈筆界〉とする」旨の当事者間の合意を認定していないことに鑑みると、中でも、①の立場により親和的であるということになる。

しかし、③の立場と平成一年判決を整合的に理解することが不可能なわけではない。「X取得土地の範囲の特定のために本件境界を確定する必要がある」という判旨の趣旨を、裁判所が「筆界」を確定すれば、当事者がそれに従って「筆界」を〈筆界〉と扱うようになり、結果、甲地内のX・Y取得土地の範囲についてX・Y間で合意が形成される可能性が生じる、という趣旨にとれば、必ずしも境界確定判決により〈筆界〉が確定される必要はないことになる。そのように平成一年判決を読めば、平成一年判決は③の立場と整合することになるが、その場合、当判決は、境界確定判決によって引かれた筆界線を甲地内のX・Y取得土地範囲確定のための基礎として利用する、という原審

の扱い<sup>(25)</sup>を積極的に肯定したわけではない、と解さなければならぬことになる。

結局、平成一一年判決を平成七年判決の延長線上に位置付けようとした場合には、境界確定訴訟の所有権範囲確定機能につき、双方とも①の立場をとっているか、双方とも③の立場をとっているか、二通りの見方が可能であることになろう。

(7) なお、判例時報の解説も参照(判時一六七四号七六頁)。「境界を確定しなくても、自己所有の土地の範囲を特定することができる場合には、右の者(「境界に接続しない土地の所有者、筆者注」)は、境界の確定に利害を有しないから、当事者適格はないと解される」と説く。

(8) その点を意識してかは不明であるが、平成一一年判決は、「新たに」という文言を用いず、境界確定の訴えを、単に、裁判によって境界を「定める」ことを求める訴えであると、定義している。

(9) 以下、隣接土地所有者のうちの一方が、相手方が所有する公簿上の土地の境界に接する部分(一部ないし全部)を時効取得した場合を指して、時効取得のケースと呼ぶことにする。

(10) 以下、筆界が同時に所有権の境を画する関係に立つケースを、通常のケースと呼ぶことにする。筆界が同時に所有権の境を画さないケースとしては、一方当事者が隣接名義人土地の一部を時効取得した場合の他、筆界と異なる位置で所有権の境について合意がなされた場合や、平成一一年判決のように未分筆のまま土地の一部の譲渡がなされた場合などが、考えられる。

(11) 村松俊夫『境界確定の訴え』(有斐閣、一九七二年)ほか。

(12) 小室直人「境界確定訴訟の再検討」中村宗雄先生古稀祝賀『民事訴訟の法理』(敬文堂、一九六五年)一四一頁。

(13) 畑郁夫「境界確定訴訟」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(有斐閣、一九八八年)二〇四頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法【新版】』(有斐閣、二〇〇〇年)八〇頁。

(14) 畑説、高橋説が、そのいずれであるかは厳密には判然としないが、一つ目の立場ではなからうかと思われる。高橋・前出注(13)は、境界確定判決が定める筆界と異なる所有権界を主張する再訴の可能性を認めるが、後述する二つ目の立場では、当事者の合意の効果として請求棄却に終わるはずだからである。

(15) 花田・前出注(2)一二九頁、山本・後出注(17)一〇一頁が、境界確定訴訟がこのような機能を果たし得ることを指摘している。

但し、両者とも、このような機能を境界確定訴訟の中心的意義として捉えるべきであると主張しているわけではない。

(16) 小室・前出注(12)。林屋礼二『民事訴訟法概要』(有斐閣、一九九六年)一〇〇頁も、同趣旨か。

(17) 林伸太郎「境界確定訴訟の再生のために」民事訴訟雑誌四二号(一九九六年)二六四頁、山本和彦「境界確定訴訟」判タ九八六号(一九九九年)九四頁。

(18) 最判昭和四二・七・二一民集二一巻六号一六四三頁がリーディングケースとされる。

(19) 最判昭和五八・一〇・一八(前出注(4))は、「時効取得の成立する部分が、いかなる範囲でいずれの土地に属するかは、両土地の境界がどこにあるかが明確にされることにより定まる関係にある」(亀甲パーレン内は筆者)と述べる。

(20) すなわち、第一の立場では、当事者が、「筆界」を〈筆界〉として扱うようになる、ないし、当事者間で、「筆界」を〈筆界〉と扱うことについての事前の合意があるとみる。第三の立場では、「筆界」が〈筆界〉であることについて、当事者間に既判力が生じるとみる。「筆界」が〈筆界〉であるとされることにより、〈筆界〉が所有権界も画するケースでは、「筆界」により所有権の境が画されるという効果が生じることになろう。但し、後出注(22)参照。

(21) この立場は、「裁判所が『筆界』として定めた線が、客観的に存在はしてきたはずだが位置が不明確であった〈筆界〉の位置であった」という事実上の事項について既判力を生じさせる立場である(山本・前出注(17)九八頁注9も参照)。〈筆界〉が「筆界」の位置にあったということと当事者が争えなくなる結果、通常のケースでは、所有権界が〈筆界〉と異なることを基礎付ける特段の事情が立証できない限り、「筆界」で所有権界が画されることになる、と説明することになろう。

なお、裁判所による「筆界」の確定に遡及効を認める立場とは、この意味で異なる。具体的には、後者の立場では、「筆界」が〈筆界〉と一致することは保障されない。ただ、對抗要件範囲の確定という筆界固有の法的效果について、遡及効が認められるだけである。したがって、例えば甲土地をAが、乙土地をYが所有していて、AがXに甲土地を譲渡した後、X・Y間で甲・乙土地間の筆界が問題となり、Xが境界確定の訴えを提起し、結果、判決(便宜〈イ〉線とする)が下った、という場合で、もし、Aが、判決が引いた線よりも〈筆界〉が実は乙地側であったということを証明できる場合(この線を便宜〈ロ〉線とする)には、「筆界」の位置に遡及効を認める立場では、Aは〈ロ〉線までの土地をもとと所有しておりXに譲渡したが、Xの取得した對抗要件は〈イ〉線までしか及んでいないことになる。従って、Aは第三者Dに〈イ〉線から〈ロ〉線までの土地(以下、〈イ〉―〈ロ〉地)を譲渡することができ、DとXは對抗関係に立ち、先に登記を備えた方が勝つ、ということになる。すなわち、DがXよりも先に、Yを被告として〈イ〉―〈ロ〉

地についての分筆登記を求める訴えを提起して勝訴すれば、Dが「ヘイ」―「ロ」地の所有権を確定的に取得することになる。Dは背信的悪意者とされることが多いかもしれないが、必ずしもそうとは言いきれない。実際にこのような事態が起きることはないかもしれないが、少なくとも理論上は否定できない。「筆界」の遡及効という規律は、このような問題点を有すると言えらる。山本・前出注(17)九八頁注18も、裁判所による筆界の確定は、遡及効を有しないと説く。

(22) 例えば、Aがその所有地を甲・乙二筆に分筆し、甲地をXに、乙地をYに譲渡した後、X・Y間で甲・乙地間の筆界につき争いが生じ境界確定訴訟が提起され判決が下されたが、裁判所が引いた「筆界」と異なる位置に「筆界」があったことが後から判明した、という場合、Aによる所有地分筆、X、Yへの譲渡が、具体的には「所有地の分割↓X・Yへの譲渡の意思表示↓甲・乙両地への分筆↓それぞれにつきX・Yへの移転登記」という手順を経ていたような場合には、Aが分筆をした線が「筆界」の線であることは当事者間で争えなくとも、その前にAがXに譲渡する分、Yに譲渡する分として所有地を分割したのも「筆界」の線であることを、当事者間で争えなくなるのかは、一義的には判然としない。Aが譲渡の前提として分割した線は、分筆の線と必ず一致するという保障はないことに鑑みれば、譲渡地の境が「筆界」の線であることは、既判力の射程外ということもできる。が、譲渡地の境が「筆界」と異なるという主張は、実際には、「筆界」と異なるという主張が許されて初めて成り立つことに鑑みれば、譲渡地の境が「筆界」と異なるという主張も封じられる、という理解も成り立ち得ないではない。

(23) 『筆界』が「筆界」であった」という過去の事実について判断の通用力を認めることは、「境界を新たに定める」という境界確定の訴えについての平成七年判決の理解とは、違和感があるように思われる。但し、矛盾するとはまでは言えないであろう。

(24) なお、坂原正夫「平成一年判決判例批評」慶応大学法学研究七三巻七号(二〇〇〇年)九四頁は、当該事案において甲乙地間の筆界は甲地内のX・Y所有地の境界の先決的關係にあるに過ぎず、筆界について確定する必要はなかったのではないかと疑問を提起しているが、証明責任の不適用という規律が、境界確定訴訟においてのみ採用し得るのであれば、この規律の発動をもとめて、所有権確認請求訴訟の前提として境界確定訴訟を進行する意味はあることになる。

(25) 但し、判例時報の紹介を読む限りでは、原審が、「筆界」の位置が明らかにならなかったために要当と申す線で「筆界」を確定し、それに依拠して甲地内のX・Y所有地の境を認定したのであるとは、必ずしも断定できない。訴訟の中でたまたま「筆界」の位置が明らかになったために、それに応じて境界確定判決を下し、Xによる所有権確認請求等に対する判決を下した、と解することもできる。なお、このようなケースでも、「筆界」が必ずしも明らかにならなかった場合に備えて、境界確定訴訟を行う意義はある。

## 二 判例の立場の評価

近時主張されるようになった有力説（以下、併置説と称する<sup>(26)</sup>）は、筆界を対象とし判例が認める特徴を有する境界確定訴訟を認めた上で、それを対抗要件範囲の確定のための訴訟と位置付け（山本説はこれを「筆界確定訴訟」と呼ぶ）、それとは別に土地所有権範囲の確定を目的とした境界確定訴訟（山本説は「所有権範囲確定訴訟」と呼ぶ。証明責任原則の不適用のみを特徴とする）を認めることを主張する。対抗要件範囲の確定についても、隣接土地所有者を当事者とする訴訟によって実現するのが妥当であることを認めている点で、従来の批判説と異なる視点に立つ。

この有力説は、境界確定訴訟が、(イ)対抗要件範囲の確定、(ロ)所有権範囲の確定の二つの機能を果たし得ることを認めた上で、これらの機能は別々に果たしていった方がよいのではないかという問題提起を含むものと評価することができるように思われる。これに照らすと、判例は、(イ)(ロ)を単一の道具立てにより実現することを志向する立場とすることができ<sup>(27)</sup>る。そこで以下、併置説の問題提起に照らして、このような判例の立場の評価を試みたい。

### 1 証明責任不発動の適用範囲の差異

併置説は、土地所有権の境界を直接の対象とする「所有権範囲確定訴訟」を認めた上、民法二四八条の類推適用を根拠に、土地所有権の境界の位置について真偽不明が生じた場合一般につき証明責任の適用を排除し、裁判所が妥当と思う位置で境界線を引くべきであるとする。判例の立場によれば、証明責任原則の不適用は、所有権界の不明確性が両土地所有者の所有土地間の筆界の不明確性に起因している場合にのみ、導かれることになるのに対して、併置説によれば、それ以外の場合<sup>(28)</sup>にも、証明責任原則の不適用が導かれることになる<sup>(29)</sup>。したがって、併置説と判例を比較した場合、証明責任原則が排除される局面の範囲に差異があることになる。併置説からすれば、いずれの場合も、所

有権界の位置につき不明確性が生じていることに変わりがないのであるから、証明責任原則の適用は同様に排除されるべきであるということになる。

この批判に対し、判例の立場を擁護するとすれば、証明責任原則の不適用は、所有権界の不明確性が筆界の不明確性に起因している場合にのみ正当化され得る、と反論することになる。確かに、筆界の位置を明確にしておく責任は一義的には行政にあり、私人にはないとも言い得る。土地所有権界の不明確性が筆界の不明確性に起因している場合には、その不利益を私人が甘受するべきではないということも、受け入れ易い。それに対し、時効取得・合意による所有権界設定の場合には、それによる所有権界の位置を維持することは、未分筆の間は私人の責任に委ねられていると見ることも、可能である。所有権界の不明が筆界に起因している場合にのみ、証明責任原則の不適用を認めるという規律も、正当化し得ないではないように思われる。<sup>(30)(31)</sup>逆に判例の立場からすれば、土地所有権界線の不明確性の場合に民法二四八条を類推適用することはできないのではないかと、という批判が考えられる。民法二四八条の性質・根拠については近時議論の蓄積が著しく、本稿でこれに立ち入ることはできないが、責任の存在が認定されていることが、裁判所の裁量による損害額算定を甘受することを被告に対して要求する上で、欠くことのできない要素になっているように思われる。被告に対し類似の甘受を強いることを正当化する契機は、土地所有権の境界が不明な場合一般には、存在しない（その意味で、被告が同意した場合にのみ、土地所有権界を対象とした境界確定訴訟を認めるという規律も、考えられないではないように思われる。<sup>(32)</sup>）。一般的に証明責任原則の不適用を基礎付けるのは困難なのではないか、という批判も、十分に考えられる。

## 2 筆界と所有権界の差異からくる異同

訴訟の対象として、筆界と所有権界とを対比した場合、以下の二点において差異がある。

第一に、所有権界については、処分権主義の適用が考えられ、当事者が求める範囲内で裁判所は境界線を引くべき

であるのに対し、筆界については処分権主義の適用が考えられないことである。但し、筆界については処分権主義の適用が考えられないということは、当事者が求める範囲外でも裁判所が勝手に線を引いてよいということを直ちに意味することにはならない。裁判所が、当事者が求める範囲外に境界線を引くのが妥当であると判断した場合には、請求を棄却する、という規律も、十分に考えられる。

第二に、所有権界については相対的解決という民法の原則が妥当するのに対し、筆界は、対世的に同一内容で確定する必要がある。したがって、後者については、利害関係人をできるだけ広くとりこんだ上で、画一的解決がなされるべきであるということになる。

併置説によれば、この二つの差異を反映した形で、二つの訴訟形態を組み立てることができるのに対し、判例は、それができないという難点を抱えているということになる。しかし、このことを逆に見れば、判例には、所有権界・筆界に共通した形で、一回的・画一的解決を図ることができる、という利点があるともみられることである。上述の③の立場に従えば、「筆界」が引かれれば、当事者は、別に〈筆界〉の位置を証明する手段がないため、「筆界」を〈筆界〉として扱うようになる。〈筆界〉≡所有権界の場合には、「筆界」をもって所有権の範囲も画されるように行動することになる、ということになる。このことは、他の利害関係人にも当てはまり、結局、利害関係人全員に共通した形で事実上「筆界」が所有権界を画することになる。たしかに、所有権の境界については、民法の原則からすれば個々の利害関係人毎の相対的解決が本来であろうが、例えば、Aの所有地甲をBが賃借しており、Aの土地上にC、Dが第一、第二抵当権を設定しており、さらにAの債権者EがAの土地を差し押さえた、という場合、相対的解決の原則を適用すれば、A、B、C、D、Eのそれぞれにつき、Aの土地所有権の範囲については、異なる判断がなされる可能性があることになる。しかし、Eの差押による執行手続において、Aの甲地に対する所有権の範囲は、A、C、D、Eについて（場合によってはBも含めて）同時に問題となる。Aの所有権が画一的に確定されていた方が、このと



き面倒が少なく済むであろう。Aの甲地に対する所有権がそもそも〈筆界〉まで及んでいない場合には、判例の立場でも、所有権について画一的判断が保障されるわけではないが、所有権界が〈筆界〉と一致している通常のケースでは、少なくとも関係者毎に所有権の範囲についての判断が異なるという事態は回避できる。このように見た場合、土地所有権界・筆界を同時に画そうとする判例の立場も、理解し得ないことはない。

但し、所有権界・筆界についての「一回的」「画一的」処理、という利点を全うするには、以下の条件や留保が必要となるように思われる。まず第一に、利害関係人を広く訴訟にとりこむことが志向されるべきである。具体的には、抵当権者、差押債権者、借地権者は、筆界の位置がどこにあるかについて、重要な利害関心を有する。特に抵当権者、差押債権者は、競売にかけることのできる土地の範囲が、事実上筆界の位置によって決まってくる。<sup>34</sup> 場合によっては、土地所有権者よりも、抵当権者等のほうが、筆界の位置についてより重要な利害関係を有する場合もある。<sup>35</sup> また、所有権界についても事実上対世的な解決がなされるのであれば、これらの利害関係人を必要的当事者とする規律も十分に考慮に値する（訴訟の規律としては、独立当事者参加の規定を準用することになろう）。抵当権者、差押債権者、借地権者は、對抗要件を備えていれば登記簿で存在を確認することができるから、必要的当事者とするのに支障は少ないのではないだろうか。反面、このように筆界の位置に利害関係を持つ者を当事者としてとりこむことができれば、例えば、処分権主義や不利益変更禁止原則の不適用などの特徴を筆界確定訴訟に認める必要はなくなる。

第二に、判例による処理は、「一回的」「画一的」解決という利点を有する反面、特に所有権者の処分権限を害する作用を持つ。処分権主義等の原則の不適用を認めないとしても、上記のように広く第三者を訴訟にとりこめば、必ずしも所有者が望まない位置で筆界がひかれることが起こり得る。従って筆界・所有権界の「一回的」「画一的」解決がもたらす利益は、所有権者の所有土地に対する処分権限を一部害してまで追求するに値するという価値判断が、判例による処理を採用する前提となる。

- (26) 具体的には、前出注(17)に掲げた林説、山本説がこれに当たる。
- (27) なお、判例の立場を上記③と考えた場合に、筆界を対象とする境界確定訴訟が、(イ)と同時に(ロ)の機能を果たすことができるのは、所有権範囲を直接の対象とする境界確定訴訟を認めないからである。すなわち、別途所有権範囲を確定する手段が存在しないために、当事者は裁判所が「筆界」と定めた線を同時に所有権の境と扱わざるを得ない。これにより、筆界を対象とする境界確定訴訟が(ロ)の機能を果たすことができるようになる。
- (28) 時効取得された土地の範囲が不明確な場合、所有権の範囲について過去合意が成立したが、その位置が不明確な場合等。所有権の境を争っている当事者の土地の間の筆界以外の筆界に、所有権界の位置が依存している場合も、ここに含まれよう。
- (29) なお、従来から唱えられてきた批判説「所有権の境を対象とする境界確定訴訟のみを認めるべきであるとする説」との関係でも、この対比は妥当する。
- (30) 平成一年判決のように、未分筆ではあるが、筆界に所有権界が依存しているというような場合には、未分筆のまま放置しておいたという点に、当事者の帰責性を見出せないこともない。しかし、それでも所有権界が依存している筆界の位置が明確であれば、所有権界の位置の不明確性という問題も発生していなかったという点から当事者の非帰責性を基礎付けることができるように思われる。
- (31) なお、他人所有土地間の境界に所有権界が依存しているような場合、境界を境に隣接する土地の所有者同士にのみ当事者適格を認めるとすれば、境界確定の訴えを認めるべき者に認めることができなくなる。例えば、甲(X所有)、乙(Y所有)、丙(Z所有)の順に土地が並び、乙土地内の一部にまでXの所有権が及んでおり、乙土地内のX・Y所有地の境界が、乙・丙地間の筆界を基準に定められているとする。この場合、乙・丙地間の筆界の位置が不明な場合に、Xは乙土地内の自己の所有土地の範囲を確定するために、乙・丙地間の筆界の確定に利益を有するが、境界を境に隣接する土地の所有者同士にのみ当事者適格が認められるとすれば、Xが自ら乙・丙地間の境界の確定を求める訴えを提起することはできないことになる。
- しかし、この点は、判例の立場に立つても、当事者適格の規律を柔軟に考えることにより、例えば、XがY・Zを被告として境界確定の訴えを提起することを認めることにより、Xの境界確定に対する利益を保障することは、可能である。
- (32) さしあたり、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」竹下守夫編『講座新民事訴訟法②』（弘文堂、一九九九年）三〇二頁、伊藤眞「損害賠償額の認定」原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』（法律文化社、二〇〇〇年）五二頁。
- (33) 併置説の立場に立つても、「所有権範囲確定訴訟」における証明責任の不適用は、係争土地の所有権が、原告に属するとも被告に

属するとも分らない場合にのみ妥当するべきことにならう。であるとすれば、裁判所の「裁量」による所有権範囲の確定は、原告のみならず被告にも有利に作用するということができる。しかしかかる規律を二四八条の類推適用という形でいかに基礎付けるかは困難な問題となるように思われるし、また仮にそれが可能であったとしても自己にとつて有利に作用するものを利用するかしないかは、自己の選択に任されるべきであり、他人に強制されるには相応の理由が必要である、ということになるのではなからうか。

(34) 従つて、公簿上の筆界は、對抗要件の及ぶ範囲、及び、強制執行の対象となる土地の範囲を画する点で、私人がこれに密接な利害関係を有するということにならう。

(35) 特に、所有権界が筆界とずれる場合には、そう言えるケースが多い。

時効取得のようなケース、例えば平成七年判決のケースでは、時効取得をされたXは、時効取得のラインよりもY所有地側に筆界が引かれることに利益を有してはいても、どこに具体的な線が引かれるかについては、あまり重大な利害関係がない(時効取得の場合にも對抗要件関係の適用を認める判例の立場からは、被時効取得者Xも、第三者に時効取得された土地を譲渡することができる点で、依然被時効取得土地の範囲について利害関係を有しているとも言ひ得る。しかし、法的保護に値する利害関係とは、言いがたいように思われる。後述最判平成七・七・一八裁判集民一七六号四九一頁は、Xが甲土地の全部をYに時効取得されたという事案において、境界確定訴訟におけるXの原告適格を否定しているが、これは上記利益の法的保護性を否定するものと評価できよう)。むしろ、時効取得者Y側に乙地に対する抵当権者Zがいるような場合、Y・Zの間で、甲・乙地間の筆界の位置がより真剣に争われることも起こり得る。Yとしては、時効取得が認められ一定範囲の土地所有権を確保した以上、抵当権の負担を被る乙地の範囲をより小さく認定してもらいたいと考え、対するZは、抵当権の対抗力の及ぶ乙地の範囲はできるだけ広く認定してもらいたいと思う、という事態も考えられるからである。

また、平成一一年判決の事案で、仮に甲地内のX・Y所有地の境界の位置が、甲・乙地間の筆界ではなく、乙地の反対側に位置する土地と甲地との筆界の位置に依存していたとした場合、Xは甲・乙地間の筆界につき、まったく利益を有しないと云つてよい。自己の所有土地の範囲を特定するために甲・乙地間の筆界を特定する必要はなく、また、分筆のために筆界を確定する必要もない。時効取得の場合と異なり、Xは甲地内の乙所有地を他人に譲渡することでもできず、この点においても筆界の位置に利害関係はない。時効取得の場合と同様、仮に乙土地にZが抵当権を有していたような場合、むしろY・Z間の方に、甲・乙地間の筆界につき真剣な争いが存在することもあり得る。

なお、このような観点から見た場合、最判平成七・七・一八裁判集民一七六号四九一頁の事案（甲・乙地間の筆界が争われた事件で、乙地の所有者が甲地の全部を時効取得した、という事案。最高裁は、この場合には甲地の所有者は甲乙地間の境界確定の訴えの原告適格を欠く、とした）においても、境界確定訴訟が全く考えられないわけではなく、仮に甲土地について抵当権者がいたような場合には、乙地所有者と抵当権者との間で筆界確定訴訟をすることを認めることが考えられる。

坂原・前出注（24）一〇三頁も参照。

### 三 ま と め

結局、併置説の問題提起に照らしても、筆界を対象とする境界確定訴訟のみを認めるといふ判例の立場は、なお、維持不可能ではないといえよう。

但し、筆界・所有権界についての「一回的」「画一的」解決という、本稿が焦点を当てた利点を追求するとすれば、所有権者以外の利害関係人も正当な当事者として（しかも、できれば必要的当事者として）広く取り込むことが求められる。前述の通り、今日までの最高裁判例は、あくまで所有権範囲の確定機能を念頭の第一において境界確定訴訟の許否や当事者適格を判断してきている<sup>(36)</sup>。たしかに、公簿上の筆界は公的なものであり、本来私人の追行する訴訟の対象となるものではないが、間接的な所有権範囲確定効に鑑みていわば便宜的に私人が訴訟で筆界を確定することを認めているのが境界確定訴訟であるという認識に立てば、かかる取り扱いも理解不可能ではない<sup>(37)</sup>。しかし、私人が公簿上の筆界（具体的には筆界の有する、對抗要件範囲や執行範囲の決定という機能）に対して有している利益を私人間の訴訟で筆界の位置を確定することの根拠の一つと考え<sup>(38)</sup>、本稿のようにこの利害関係を、筆界を確定する単独の境界確定訴訟を認める重要な要素と考えるのであれば、その利害関係は当事者適格の規律に反映されざるを得ないように思われる<sup>(39)</sup>。

手続が重たくはなるかもしれないが、これらの者も必要的当事者とす規律を、志向するべきではなからうか。

また、その前提としての、筆界確定訴訟の所有権範圍確定機能については、判例の立場と整合し得る説明としては、(1)当事者の事実上の事後的行動に委ねる考え方と、(2)「筆界」⇨「筆界」とする判決効の存在を承認する考え方と、二通りが考えられた。(2)の方が、強い所有権範圍確定機能を基礎付けられるが、「筆界」⇨「筆界」についても對世効を認めれば、「一回的」「画一的」解決という効果の確実性も高まる、法律論としてこれを基礎付けるのは、困難が伴うように思われる。判例の立場を維持しながら、境界確定訴訟の実効性を高めていくとすれば、(2)の方向を志向していくべきことになるようにも思われるが、しかし、何もかもを判決効で引き受ければそれで問題の解決性が高まるというものでもないであろう。当事者の事後的活動という遊びを残す(1)の立場も、魅力のある立場であるように思われる。但し、その所有権範圍確定機能は限定的なものとならざるを得ないことには、留意する必要がある。<sup>(40)</sup>

新堂先生の古稀のお祝いに、このような覚書にも満たない原稿しか寄せられない自身の勉強不足を恥じ入るほかないが、本稿の謹呈を通じ、心より先生の古稀のお祝いを申し上げます。

(36) 地上権者の当事者適格を否定した最判昭和五七・七・一五集民一三六号五九七頁も、「土地所有権の処分権限の有無」を当事者適格の判断基準としている。

(37) 判例が、処分権主義や不利益変更禁止の原則の適用を否定する前提にも、公簿上の筆界は本来私人の自由にならない公的なものであるという思考があろう。

(38) 畑・前出注(13)は、私人の筆界に対する利害関係を、境界確定訴訟の対象を筆界と把握することの根拠の一つとする。なお、公簿上の筆界の管理が本来行政の責任であれば、少なくともなせ行政庁(具体的には登記所、すなわち法務局ということになろう)が境界確定訴訟に参加をしないのか、ということが疑問になろう(山本・前出注(17)九七頁は、筆界確定訴訟を、実質的当事

者訴訟と把握することにより、登記官に対する判決効の拡張や、登記官の参加を基礎付ける。しかし、山本・前出においても指摘されているように、登記所における登記の際の審査は形式的審査であり、実質的審査は行わないものとされる。登記所が保有する情報が筆界の確定に有意義である場合はあっても、登記所の筆界の位置確定に対する利益は、当事者適格ないし参加資格を肯定するほど重要なものであるとは考えられない。なお、例外的に筆界が市町村の境界をなしている場合には、これらの地方自治体も筆界の位置確定に重要な利害関係を有すると考えられるが、これら地方自治体を必要的当事者として取り込むことが考えられるように思われる。

(39) 抵当権者等にも、当事者適格を承認していくべきであるものとして、奥村正策「境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟法講座④（日本評論社、一九六九年）。

(40) かかる境界確定訴訟の所有権範囲確定機能の限定性に照らせば、所有権範囲の確定に対する利害関係と、對抗要件範囲・執行範囲としての地位を与えられるのであれば、抵当権者等もしかりであるべきではなからうか。