慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	筆界特定手続と境界確定訴訟 : 特許出願審査・審判・訴訟との対比において
Sub Title	Procedure for parcel boundary demarcation and action for determination of parcel boundary : in comparison with patent examination, appeal, and action
Author	君嶋, 祐子(Kimijima, Yuko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.40 (2018. 2) ,p.89- 110
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	原田國男教授・三上威彦教授・六車明教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180222-0089

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

筆界特定手続と境界確定訴訟

――特許出願審査・審判・訴訟との対比において――

君　嶋　祐　子

Ⅰ　はじめに――有体物と無体物における権利客体の特定
Ⅱ　筆界特定手続と境界確定訴訟
　1. 筆界特定手続の概要
　2. 境界確定訴訟の法的性質に関する従来の議論と「筆界」の意味
　3. 境界確定訴訟の問題点と筆界特定制度導入までの経緯
　4. 平成 17 年法改正による筆界特定制度
　5. 筆界特定制度、筆界確定訴訟及び境界 ADR の利用状況
Ⅲ　特許出願審査手続の法的性質
Ⅳ　筆界特定及び特許出願審査の対比
　1. 当事者
　2. 特定の対象と申立て事項
　3. 主張立証と真偽不明の場合の取扱い
　4. 特定の効果、不服申立てと関連訴訟
Ⅴ　筆界特定手続及び境界確定訴訟の検討と改正への提言
Ⅵ　結語に代えて――特許関係訴訟への視座

Ⅰ　はじめに――有体物と無体物における権利客体の特定

土地の境界紛争解決のための特殊な訴訟類型として発展してきた境界確定訴訟は、大規模な都市開発において、訴訟遅延などの問題が指摘された。これを補完するため、平成 17（2005）年の不動産登記法改正により[1)]、行政機関による筆界特定制度が創設され、翌年 1 月 20 日から施行された。

1）不動産登記法等の一部を改正する法律（平成 17 年法律第 29 号）による改正（以下、「平成 17 年法改正」という）。

知的財産法を研究してきた私が上記法改正に接したとき、筆界特定手続と特許出願審査手続が似ていることに驚いた。

1990年代初頭、私は、特許関係審判及び審決取消訴訟の遅延や、特許権侵害訴訟との乖離に疑問を抱き、学位請求論文として、「特許無効とその手続」[2]をまとめる契機となった。その際、特許無効審判の本質は、民事裁判であるとし、また、その後の研究において、特許出願審査の法的性質は非訟であるとした[3]。その上で、専門的知識を必要とする民事裁判や非訟手続のための専門官庁として構成された特許庁の判断を裁判所がレビューする場合は、本来的行政処分のレビュー制度である抗告訴訟として構成する必要はなく、裁判所が、特許関係審決を取り消すかどうかの判断しかできないとする審決取消訴訟制度を再考する余地があるとした。

その後、特許実体法と特許無効手続は、審判・裁判実務における工夫と度重なる法改正を経て、特許庁と裁判所が互いの専門性を活かし、迅速かつ適正に、実質的な民事裁判事件を解決するのに適した手続へと進化してきたといえよう。また、特許出願審査についても、迅速かつ適正な判断のために、手続内での改善は強力に進められてきた。しかしながら、査定系審判と審決取消訴訟の関係に関しては、検討の余地が残されているように思われる。

そこで、有体物である土地に対する所有権について、その客体の特定のための手続である筆界特定制度を、特許権の客体である発明の特定及び特許権の成立要件を確認するための手続である特許出願審査と比較し、特許法における査定系審判と訴訟のあるべき姿を考察するための一助としたいというのが、本研究開始の動機である。

そのために両手続の比較を始めてみると、筆界特定制度は、特許関係審決取

2）拙稿「特許無効とその手続㈠」法学研究68巻12号193頁（1995）、「同㈡」同69巻3号15頁、「同㈢」同巻7号17頁、「同㈣」同巻8号43頁（1996）。

3）拙稿「出願審査手続の法的性質―特許拒絶査定不服審判・審決取消訴訟制度への示唆―」中山信弘編『知的財産法と現代社会―牧野利秋判事退官記念論文集』（信山社、1999）281頁（以下、「拙稿・前掲出願審査」という）。

消訴訟のように行政庁と裁判所とで事件の往復が生じることのないよう、工夫の上で設計されている。一方、平成 17 年法改正の検討段階では、筆界特定制度を従来の境界確定訴訟に代わるような形成的行政処分とする考え方が主張されていた（後記Ⅱ 3. 4.）。そのような考え方で、現行の筆界特定制度をさらに改正すべきかどうかを検討するにあたっては、特許出願審査との比較は参考になる。そこで、本稿では、特許法との比較において、筆界特定制度及び境界確定訴訟を検討の上、さらなる改正にあたって留意すべき点を指摘し、残された問題として、本稿での検討結果から、特許関係訴訟の再検討への視座を提供することとした。

検討の順序として、まず、筆界特定制度の創設までの経緯と、創設後 10 年余の運用状況及び境界確定訴訟との関係を概観し、筆界特定手続の法的性質と構造について、立法担当者がどのような見解に立っていたのかを紹介する（後記Ⅱ）。次に、特許出願審査手続の法的性質について、簡単に私見を紹介する（後記Ⅲ）。その上で、筆界特定と特許出願審査を、1. 当事者、2. 特定の対象と申立て事項、3. 主張立証と真偽不明の場合の取扱い、及び 4. 特定の効果、不服申立てと関連訴訟の各点について、対比する（後記Ⅳ）。それを踏まえて、筆界特定手続及び境界確定訴訟の検討と改正への提言を行い（後記Ⅴ）、最後に、残された問題として、特許関連訴訟の再検討への視座を提供する（後記Ⅵ）。

Ⅱ　筆界特定手続と境界確定訴訟[4)]

1. 筆界特定手続の概要

筆界特定手続とは、表題登記のある一筆の土地（「対象土地」）と隣接する他の土地（「関係土地」。これについては、表題登記がない場合を含む）との間において、対象土地が登記された時にその境を構成するものとされた 2 以上の点及び

4）本稿では、同改正前から継続する訴訟類型として、「境界確定訴訟」の呼称を用いることとするが、同改正による不動産登記法に関連して論じるときは、「筆界確定訴訟」ということがある。

これらを結ぶ直線（「筆界」。不動産登記法 123 条 1 項 1 号）の現地における位置を特定する手続である（同条項 2 号）。対象土地の所在地を管轄する法務局又は地方法務局の筆界特定登記官は、対象土地の所有権登記名義人等の申請に基づき（同法 131 条）、筆界調査委員（同法 127 条）の職権による調査に基づく意見を踏まえ（同法 134 条以下）、筆界特定の申請人及び関係土地の所有者等の関係人の意見又は資料提出を経て（同法 139 条以下）、対象土地の筆界特定をし、その結論及び理由の要旨を記載した筆界特定書を作成する（同法 143 条）。

土地の境界を巡る紛争を解決する手段として、古くから、境界確定訴訟という特殊な訴訟類型が認められてきた。平成 17 年法改正による不動産登記法 132 条 1 項 6 号、147 条、148 条において「民事訴訟の手続により筆界の確定を求める訴え」と規定されるのがそれであり、同改正後は、法律上の表現に倣って、「筆界確定訴訟」と呼ばれることも多い。この訴訟に係る判決の主文は、例えば「甲地と乙地の筆界が A 点と B 点を直線で結んだ線であることを確定する」となる。

2. 境界確定訴訟の法的性質に関する従来の議論と「筆界」の意味

境界確定訴訟の法的性質について、これを公的境界（筆界）を確定する形式的形成訴訟とする実務通説が確立するまでは、確認訴訟説、形成訴訟説が唱えられ、また、実務通説確立後も、複合訴訟説、所有権境界確定訴訟説（私的境界確定訴訟説）などの学説の対立が見られる[5)]。

公的境界確定のための形式的形成訴訟であるとする実務通説を支持する畑郁夫氏は、次のように説明する。

5）境界確定訴訟に関する従前の裁判例、学説、裁判実務に関しては、最高裁判所事務総局民事局監修『境界確定訴訟に関する執務資料　―付・不動産訴訟関係文献目録』民事裁判資料第 125 号（法曹会、1980）が詳しい。境界確定訴訟の法的性質に関する学説状況については、畑郁夫「境界確定訴訟」法学教室 37 号 67 頁（1983）、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』（有斐閣、1998）14 頁以下〔中野貞一郎〕など。

「判例通説も私的所有権を全く無視した次元で公的境界を確定しようとしているわけではないのであって、境界確定訴訟の適格当事者を隣接地各所有者に限定することを媒介として、その目的が本質的には私的紛争解決にあることを示しているのである。また、私人同士がこのような公的境界を争うことは一見奇妙なように思われるが、それはそれなりの合理性と妥当性はあるのである。すなわち、もともと公的境界は、土地の私的所有を前提として、その使用収益と取引の便宜に奉仕することを第一の目的とした行政所産であって、その限りでは極めて私法関係的であることは明らかで、土地登記手続が原則として私人の申請により形式審査のみでこれを受理し、分合筆も私人の申請にゆだねる（分筆により新たな公的境界が当然生ずる）等の扱いをしているのも叙上の点を考慮した私人への謙抑的立場と解しうるのである。」[6)]

「境界確定訴訟の紛争当事者は、特段の事情がない限り、公的境界即所有権の及ぶ限界ということを互いに当然の前提として土俵に上っていると解するのが最も常識にかなっているのではなかろうか。そして、このような当事者の訴訟外での暗黙の合意ないしは訴訟外規範こそが判決による公的境界確定によって紛争が実質的に解決している理由ではなかろうか。」

「もっとも、例外的にこのような公的境界確定訴訟が紛争解決に無力である場合もある」。「時効取得その他の法律原因がからみ一筆の一部に関する所有権の限界争いが生じた場合がそれである。」[7)]

また、平成 17 年法改正時に法務省民事局参事官であった清水響氏は、その論文において、「筆界の 2 つの側面」という見出しの下で、次のように述べる[8)]。

「筆界は、国家によって定められた公法上の線であると同時に、私法的側面を有する。すなわち、筆界は、無色透明な線ではなく、一筆の土地ごとに権利

6）畑・前掲 72 頁以下。

7）畑・前掲 73 頁。

8）清水響「筆界特定制度について」登記研究 704 号 95 頁（2006）（以下、「清水・前掲論文」という。）、98 頁以下。

関係を公示するという登記制度の仕組みを通じて、筆界によって画される範囲の土地が一個の所有権の客体であるという推定力を与えるものである。もともと、自然状態では無限に続く土地を一個の所有権の客体となる一個の物とするため、観念的な線で区切ったものが筆界であり、沿革的にも土地の所有者に土地の範囲を申告させ、これを明治政府が一筆の土地として把握したのが原始的筆界である。前記のとおり、現行法制上、筆界が常に所有権の範囲を示す線と一致するとは限らないけれども、事実上の推定力の問題としては、筆界には土地の上に成立している権利の範囲を推定する力がある。この観点からは、筆界の確認行為は、同時に、事実上、権利の範囲を確認することになる以上、隣接地の所有者の立会及び確認が得られないときには、筆界認定に慎重を期す必要がある。」「……筆界特定制度導入以前においては、当事者がこの場合に公的機関による筆界の確定を求めるときは、筆界確定訴訟を提起する以外に方法はなかったことになる。」

3. 境界確定訴訟の問題点と筆界特定制度導入までの経緯

筆界特定制度の創出の契機となったのは、平成 15（2003）年に、内閣に設置された都市再生本部（本部長は小泉純一郎内閣総理大臣）から「民活と各省連携による地籍整備の推進」の方針が示されたことである[9)]。そのきっかけは、六本木ヒルズの開発であった。すなわち、六本木ヒルズ地区の再開発事業の都市計画決定は、平成 7（1995）年 4 月にされたが、平成 15（2003）年 4 月に竣工するまでの 8 年間のうち 4 年が境界等の調査のために費やされたという。そこで、上記方針は、「都市再生の円滑な推進には、土地の境界、面積等の地籍を整備することが不可欠であることに鑑み、国において全国の都市部における登記所備付地図の整備事業を強力に推進する」ことを打ち出した[10)]。

9）清水響「不動産登記法等の一部を改正する法律の概要」登記研究 688 号 1 頁（2005）（以下、「清水・前掲概要」という。）、2 頁、房村精一「筆界特定制度創設 10 周年記念講演会～筆界特定制度 10 年の歩みと未来への提言～」登記情報 655 号 10 頁（2016）、11 頁。房村氏は、平成 17 年法改正時の民事局長であった。

その際障壁となったのは、当時の境界確定訴訟が抱えていた問題である[11]。すなわち、①平成9（1997）年、同10（1998）年には、平均審理期間が2年半前後の長期にわたっていた。その原因になっていたと考えられるのが、次の点である。

②裁判官は、境界確定のために必要な「公図の性質や来歴、あるいは登記手続といったいろいろな専門的な知識」に乏しい。また、③制度的に専門家の関与が当然には保証されていなかった。さらに、④裁判所が職権で証拠収集することはできず、適切な証拠を収集できるかどうかは、当事者の熱意や知識に依存していた。

その他、⑤日本では、訴訟に対する心理的抵抗が大きいため、訴訟を行うと隣人関係に悪影響を及ぼす恐れや、⑥境界確定判決が確定しても、登記手続と連動しておらず、当事者が自主的に必要な地図訂正や登記手続をしない場合には、判決の内容が登記に反映されない問題があった。

上記の都市再生本部の方針が示される前の平成10（1998）年から、法務省において研究が行われ[12]、まず平成11（1999）年度に「裁判外境界紛争解決制度に関する調査・研究報告書」が公表された。また、平成16（2004）年6月には、境界確定制度に関する研究会「新たな土地境界確定制度の要綱案」（以下「要綱案」という。）が公表された。要綱案においては、土地の境界に関する専門家によって構成される委員会が対象土地及び関係土地の所有権登記名義人等に意見等を提出する機会を与えた上、必要な調査を行い、登記官は、委員会の意見を踏まえて境界確定処分を行う制度とする案が示され、また、登記官は、申請又は職権によって境界確定処分をすることができるとされ、行政処分により境界を確定する制度として、境界確定訴訟を廃止することとしていた。さら

10）以上、房村・前掲11頁。

11）房村・前掲12頁以下。房村氏は、境界確定訴訟の問題点として、本文後記①～⑥までを並列して述べているが、①訴訟遅延の原因として②～④の手続上の問題が考えられ、また、⑤は事実上の悪影響の問題、⑥は判決の執行の問題と説明することができる。

12）清水・前掲概要2頁、房村・前掲13頁。

に、上記委員会は、所有権に関する紛争について調停を行うこととされた[13]。

4. 平成 17 年法改正による筆界特定制度

平成 17 年法改正による筆界特定制度は、要綱案から大きく変更された上で創設された。要綱案との相違点は、次のとおりである[14]。

⑴ 委員会組織がなくなり、筆界調査委員を任命し、事件ごとに指定する制度となったこと。

⑵ 筆界特定登記官が期日を主宰することになったこと。

⑶ 筆界特定の事務は、個々の登記所ではなく、法務局又は地方法務局の事務とされたこと。

⑷ 職権で筆界特定を行う旨の規定が置かれなかったこと。

⑸ 筆界特定には行政処分としての効力がないこと。

⑹ 境界確定訴訟が存続すること。

⑺ 所有権紛争についての調停に関する規定がないこと。

上記のうち、⑴〜⑶は、組織及び動員できる専門家の数が限られていることに対する現実的な対応であろう。これに対し、⑷以下は、職権による手続開始も可能とし、迅速かつ効率的な行政処分としての境界確定制度を境界確定訴訟に代わる制度として導入する、という基本方針を、大きく変更するものであった。

この変更の理由と、それによる筆界特定制度の運用は、特許出願審査・審判・訴訟との比較において、実に示唆に富むので紹介する。

まず、⑷の職権による筆界特定処分を導入しなかった理由として、先例がないことのほか、「一筆の土地の筆界を特定することは、同時に、所有権の範囲についても事実上の推定力を持つことになるところ、隣接する土地のいずれの当事者も申請していないのにもかかわらず、国が職権で筆界を特定することは、それ自体は所有権の範囲を法的に確定するものではなくても、私人間の法律関係に国が介入する結果となり、不必要な紛争を生じさせるおそれもあることが

13）以上、清水・前掲概要 2 頁以下。

14）清水・前掲概要 6 頁以下。

考慮され」た[15]。

⑸の行政処分としての効力を否定した理由は次のとおりであった。まず、過去に定められた筆界を特定し、これを地図に反映する行為自体は、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定するものではないから、境界確定訴訟の法的性質に関する実務通説を前提とすれば、本来的な行政処分ということはできない[16]。立法政策として本来の行政処分性を有しないものに、法律によって行政処分性を付与することは可能であるが、境界確定処分に「公定力」を認めると、これに対する「抗告訴訟が提起され、最高裁まで争って取消判決が確定した場合、もとの処分が取り消されるだけで、当該判決後、行政庁が再度境界確定処分を行うことになり、理論上、この再度の行政処分に対しても抗告訴訟を提起することが可能となる。」それでは、境界確定訴訟において、一度判決が確定すれば境界が確定されるのに比べ、かえって手続を長期化させる。また、かかる公定力ある行政処分により不利益を受ける全ての利害関係人に手続保障を与える必要があるため、手続はさらに複雑化し、簡易迅速な境界確定制度を設けるという立法目的に反することとなる[17]。

筆界特定に公定力を認めなくても、筆界について専門的知識のある人材のいる法務局において、土地家屋調査士などの専門職の協力を得て、裁判所が一から判断するよりも適正かつ迅速に筆界を特定できるのであれば、制度は利用されるだろうし、筆界特定の結果に納得する当事者も多いであろうとされ、「法的な効力に頼るのではなくて内容で勝負する」とされた[18]。

それに伴い、⑹従前の境界確定訴訟は、筆界確定訴訟としてそのまま存続され、また、⑺公的な所有権紛争調停を創設する代わりに、民間 ADR として、

15）同 7 頁。

16）同 7 頁。この点は、境界確定訴訟を所有権境界確定のための訴訟類型とし、それに代わる制度として行政処分としての境界確定制度を創設すべきとした論者からは、批判も多いところであるが、公的境界（筆界）確定のための形式的形成訴訟であるとしてきた実務通説からは、筆界特定制度の性格付けは、無難な帰結だったと評価できよう。

17）同 8 頁。

18）房村・前掲 15 頁。

2002 年から 2013 年までに、全国 50 の土地家屋調査士会のすべてに、境界 ADR が設置されるに至った[19]。

5. 筆界特定制度、筆界確定訴訟及び境界 ADR の利用状況

筆界特定制度創設以前、境界確定訴訟の年間新受件数は、平成 11（1999）年に 891 件、同 13（2001）年に 754 件、同 15（2003）年に 713 件、同 17（2005）年に 878 件と、年間 800 件前後で推移していた。筆界特定制度開始後の筆界確定訴訟の新受件数は、平成 19（2007）年になって激減し、従前の約半数の年間 400 件前後で推移するようになった[20]。

筆界特定制度の新受件数は、平成 17 年法改正が施行された平成 18（2006）年以降、年間 2,500 件前後で推移しており、立法時の予想を大きく上回ることになった。立法時の民事局長であった房村氏は、「従来、裁判所に起こされていた 800 件のうち、400 件はこの筆界特定手続で解決している」とともに、「従来は、裁判を起こすことに対して躊躇して、問題があってもそのままにしていたものが、この行政手続で簡易迅速に利用しやすくしたことによって、申立てが増えたと考えられ」るとする[21]。

審理期間は、筆界特定制度は、平成 26（2014）年度の終結事件全体の平均処理期間が 9.2 か月であり、筆界特定まで至った事件については、11.1 か月であった。一方、筆界確定訴訟の方も、司法制度改革に伴って、平成 19（2007）年以降の平均審理期間は、15 か月から 17 か月間で推移するようになった[22]。筆界確定訴訟も、平成 9（1997）年、同 10（1998）年当時の 2 年半前後より、約 1 年短縮したことになる。

一方、土地家屋調査士会による境界 ADR は、調停件数が、毎年 40 件台か

19）山本和彦「10 年を経た筆界特定制度―ADR 法の視点から」ジュリスト 1502 号 46 頁（2017）、51 頁。
20）房村・前掲 16 頁。
21）同上。
22）同上。

ら 60 件台を推移し、相談件数は、平成 24（2012）年度の 1,092 件が最多で平成 26（2014）年度は 653 件であり、「伸び悩みの状況」にある [23]。

Ⅲ　特許出願審査手続の法的性質

「出願審査手続には、特許出願人が将来競業者に対して特許権を主張するために必要な権利の客体を確定する作用と、将来特許権を主張された競業者がいちいち抗弁を主張立証して特許権者と争うことにより紛争が複雑になることを防止する作用がある。」「これは、対等な主体の間での経済上の生活関係（私法関係）の秩序のために国家が私法関係に関与する作用であるという意味で、民事作用ということができる。」[24]

しかし、出願審査手続は具体的な紛争の存在を前提としておらず、また、対立当事者構造を有しないため、訴訟手続ではない。すなわち、審査官は判断機関であると同時に、競業者の代弁者として出願人に対立する当事者の担うべき役割を果たし、また、手続の進め方によっては、出願人の権利主張を後見的に助ける役割も果たす [25]。

もっとも、発明者又はその特許を受ける権利の承継人若しくは帰属者は、その発明から得られる財産的利益を排他的に享受し、将来、具体的紛争が生じた場合に、民事訴訟において十分な権利救済を受けるためには、出願審査手続を経て特許権登録を経ることが不可欠である [26]。「その意味で、出願審査手続は潜在的争訟性を有し、具体的争訟性を要件とする訴訟に極めて近い位置にある民事行政手続であるということができる。」[27]

このように、出願審査手続は非訟事件手続の特質を有しており、その国家作用としての法的性質からすれば、本来司法権の属する裁判所の判断になじむも

23）山本・前掲 51 頁。日本土地家屋調査士会連合会編『土地家屋調査士白書 2016』（日本加除出版、2016 年）48 頁以下。

24）拙稿・前掲出願審査 290 頁。

25）同 290 頁以下。

のであるが、出願審査には、技術的専門性と特許出願審査実務の知識を必要とすることから、通常の裁判官の一次的判断に委ねるよりも、もっとも効率的かつ専門的な行政官庁として組織された特許庁の管轄にするものとしたということができる[28)]。

Ⅳ　筆界特定及び特許出願審査の対比

1. 当事者

①　筆界特定

筆界特定の対象となる筆界で相互に隣接する一筆の土地及び他の土地（対象土地、不動産登記法 123 条 1 項 3 号）の所有権登記名義人等（同条項 5 号）が筆界特定の申請人となり（同法 131 条 1 項）、他の所有権登記名義人等及び関係土地（同法 123 条 1 項 4 号）の所有権登記名義人等が関係人として申請の通知を受け（同法 133 条 1 項）、申請人及び関係人が、意見又は資料の提出（同法 139 条）、意見聴取（同法 140 条）等の機会を与えられる。

厳密な対立当事者構造とはいえないが、利害関係の対立する相隣関係にある者が、相対立する意見や資料を提出することが可能である。

②　特許出願審査

発明者又は特許を受ける権利を承継・帰属された者は、特許を受けることが

26）営業秘密の侵害の要件を満たす場合には、特許出願をしなかった発明情報の保有者であっても、営業秘密侵害者との関係では、不正競争防止法により一定の救済を受けることができるが、営業秘密は、秘密情報がいったん公知となれば営業秘密性を失うので保護されず、また、善意無重過失の転得者に対して主張することもできない。登録された特許発明が、特許出願時に新規性等の要件を備えていれば、特許出願後に公知になっても、善意で特許発明を業として実施している者に対しても、原則として排他的な実施権を主張できるのとは、大きな差異がある。

27）同 291 頁以下。

28）同 293 頁。

できる。特許を受けようとする者は、特許庁長官に対し特許を出願し（特許法36条）、何人も出願審査請求をすることができるが（同法48条の3第1項）、多くの場合、出願人自らが出願審査請求を行う。審査官は、出願審査手続を行い、当事者としてこの手続に関与できるのは、特許出願人のみである。その他の者は、新規性等の権利客体に係る拒絶理由について情報提供を行うことは許されているが[29]、当事者として関与はできない一方当事者手続である。

2. 特定の対象と申立て事項

① 筆界特定

対象土地と他の土地の間の公的境界（筆界）を特定することが、この制度の目的である。申請人は、筆界特定の申請において、申請の趣旨など法定された事項を明らかにしなければならない（不動産登記法131条2項）。筆界特定登記官は、申請人及び関係人の意見を聴取しなければならないが、これらの者の主張に拘束されず、筆界調査委員の意見を踏まえ、各種書類、対象土地及び関係土地の地形、地目、面積及び形状並びに工作物、囲障又は境界標の有無その他の状況及びこれらの設置の経緯その他の事情を総合的に考慮して、対象土地の筆界特定をする（同法142条、143条1項）。

② 特許出願審査

出願審査においては、特許権発生後に権利の客体となるべき発明を特定し、それを記載する特許請求の範囲等が記載要件を備えているか、その発明について特許権の成立要件が具備されているか等を、拒絶理由の審査として行う（特許法49条）。特許権の成立要件を具備した発明であるかどうかを審査するためには、発明の要旨認定を行う必要がある。

29）特許出願に対する情報提供制度は、発明の特許要件など特許法施行規則13条の2第1項各号のいずれかに該当する旨の情報を提供するために書類を提出することを万人に認める（特許庁『特許・実用新案審査ハンドブック』「1202　特許出願に対する情報提供」（特許庁HP最終アクセス2017年11月27日））。

発明の要旨認定は、特段の事情のない限り、特許出願人が願書に添付した特許請求の範囲の記載により主張したところに基づいてされるべきであるとするのが、リパーゼ事件最高裁判決[30]である。「特許請求の範囲の記載の技術的意義が一義的に明確に理解することができないとか、あるいは、一見してその記載が誤記であることが明細書の発明の詳細な説明の記載に照らして明らかであるなどの特段の事情がある場合に限って、明細書の発明の詳細な説明の記載を参酌することが許されるにすぎない。」[31]

つまり、審査官は、特許出願人の申し立てた特許請求の範囲に拘束されて判断する点で、処分権主義的である。特許請求の範囲の補正についても、特許出願人の申立てにより、拒絶理由通知が発せられるまでは、出願人が願書に最初に添付した明細書等に記載した範囲内であれば、権利の客体を拡張する補正も認められるが（同法17条の2第3項）、拒絶理由通知後は、請求項の削除、特許請求の範囲の減縮、誤記の訂正又は明瞭でない記載の釈明に限り（同条5項）、することができる。

3. 主張立証と真偽不明の場合の取扱い

① 筆界特定

手続は、筆界特定登記官が主宰し、指定された筆界調査委員（多くの場合、土地家屋調査士）が必要な調査をして行う。申請人及び関係人は、意見や資料提出、聴取の機会を与えられる。指定された筆界調査委員は、職権で調査した上で意見を提出し、その意見を踏まえ、しかし法的に拘束はされずに[32]、筆界特定登記官が筆界特定を行う。筆界特定は、存在する筆界の位置の確認であり、筆界の位置が不明な場合には、筆界の範囲の特定が行われることもあるが[33]、

30）最判平成3年3月8日民集45巻3号123頁（リパーゼ）。

31）同上。

32）清水・前掲概要27頁以下（整理番号23）、45頁（整理番号45）。

33）房村・前掲17頁によれば、平成26（2014）年度に処理された筆界特定2,516件のうち、筆界の位置が特定できたものが1,658件（65.9%）、範囲で特定したものが35件（1.4%）、取下げが759件（30.2%）、却下が64件（2.5%）であった。

実体調査を開始してから、筆界の範囲も特定せずに終局判断をすることはできないと解される[34)]。

筆界特定制度は、筆界の確認にとどまる。筆界の位置が特定できない場合に、筆界を形成的に決定することができるのは、筆界確定訴訟のみとされる[35)]。実務通説が、境界確定訴訟の法的性質について、公的境界（筆界）を決するための形式的形成訴訟としてきたのは、境界に接した土地の所有者が、土地に対する所有権を有することを前提に、境界の位置に関する紛争を、筆界を確定することにより解決するために、筆界が不明な場合にも、筆界を形成的に判断すべきであり、請求棄却判決をすることは許されない、と解してきたからである。

② 特許出願審査

特許出願人は、特許請求の範囲に、「特許を受けようとする発明を特定するために必要と認める事項のすべてを記載しなければならない」（特許法 36 条 5 項）。また、特許請求の範囲の記載において、「特許を受けようとする発明が明確であること」（同条 6 項 2 号）、「請求項ごとの記載が簡潔であること」（同条項 3 号）が要求され、同条 6 項違反は、拒絶理由とされる（同法 49 条 4 号）。かかる拒絶理由通知（同法 50 条）を受けた出願人は、前記 2. ②記載のように、

34）申請の却下事由に、筆界特定不能の場合は含まれていないから（不動産登記法 132 条 1 項各号）、筆界特定登記官は、何らかの筆界特定をする義務があると解される。なお、房村・同上によれば、前掲注 33）の申請取下げ件数のうち、紛争解決が理由であるものが 72.6%、費用が高額過ぎる、不満だというものが 4.5%、不明が 17.8%、その他が 5.1% であった。

35）房村・前掲 23 頁は、「今の筆界特定制度は確認にとどまっている。形成はできないという前提です。形成ができるのは筆界確定訴訟だけです」とする。また、房村氏は、地図混乱地域の地籍調査について、今は集団和解方式で何とか合理的な筆界を地域全体を対象に実現しているが、「何らかの形で筆界の形成を正面から認めるような手続を考えざるを得ないだろう」（同頁）とする。境界紛争を前提とせずに地域全体の筆界確定を行うことは、私人間の紛争解決に資する制度としてではなく、私権について行政目的で積極的に干渉する場面であるから、現行の筆界特定とは異なり、民事作用の範囲を超え、本来的行政処分に位置づけられよう。

特許請求の範囲の補正によって拒絶理由を解消できない限り、拒絶査定を受けることになる。

つまり、発明を特定するために必要な事項の主張立証ができなかったときの不利益は、特許出願人が負担することとなる。特許出願審査は、特許権の客体とすべき発明が存在するか否かを一から審査する手続だから、出願人が発明の特定に成功しない限り、特許査定を受けることができないのである。これは、土地所有権の存在を前提にした筆界特定とは、大きく異なる。

4. 特定の効果、不服申立てと関連訴訟

① 筆界特定

筆界特定に公定力は認められず、筆界特定を経たかどうかにかかわらず、別に筆界確定の訴えを提起することは可能である。筆界確定判決が確定したときは、当該筆界特定は、当該判決と抵触する範囲において、その効力を失う（不動産登記法 148 条）。また、対象土地の筆界について、既に筆界確定判決が確定しているときは、筆界特定登記官は、筆界特定の申請を却下しなければならない（同法 132 条 1 項 6 号）。

つまり、筆界特定制度は、公的境界である筆界が筆界確定訴訟において終局的に確定されるまで、筆界を特定しておく手続である。このような筆界は、対象土地に対する所有権の境界（所有権界）を事実上推定させる機能を有するため、筆界を特定すれば、所有権の範囲に関する紛争も解決することも多い。しかし、適切な調査を行っても、筆界が特定できないこともあり、また、一筆の土地の一部の時効取得や譲渡により、筆界と現在の所有権界とが異なる場合もあるから、所有権の範囲を確定するためには、所有権の範囲を確認する訴えによる必要がある。

筆界特定に法的拘束力を認めなかったのは、前記Ⅱ 4. のとおり、筆界特定は本来的な行政処分ではないこと、立法政策として境界確定処分をできることとし、これに公定力を認めると、これに対する抗告訴訟が提起され、最高裁まで争って取消判決が確定した後、行政庁が再度境界確定処分を行うことになり、

場合によっては、この再度の行政処分に対しても抗告訴訟を提起されることもあり、境界確定訴訟において、一度判決が確定すれば境界が確定されるのに比べ、かえって手続を長期化させるおそれがあるとされたからである。

② 特許出願審査

審査官は、拒絶の理由があると認めるときは、まず拒絶理由を通知して、特許出願人に防御の機会を与えた上で（特許法 50 条）、拒絶理由が解消しなければ、拒絶査定をしなければならない（同法 49 条）。これに対して、特許出願人は、拒絶査定不服審判を請求することができ（同法 121 条）、その請求不成立審決に対しては、さらに知財高裁に審決取消の訴えを提起できる（同法 178 条 1 項 2 項）。

審査官は、特許出願について拒絶の理由を発見しないときは、特許査定をしなければならない（同法 51 条）。出願人が所定の手続を行えば、特許権設定登録がされ、特許権が発生する（同法 66 条 1 項 2 項）。特許権の効力が及ぶ「特許発明の技術的範囲」は、出願審査を経た特許請求の範囲の記載に基づいて定めなければならず（同法 70 条 1 項）、明細書の記載及び図面も考慮されることとなる（同条 2 項）。

何人も、特許掲載公報の発行の日から 6 月以内に限り、法定の異議事由について、特許異議の申立てをすることができる（同法 113 条）。その審理及び決定は、3 人又は 5 人の審判官の合議体により行われ（同法 114 条 1 項）、合議体は、特許異議の申立てがされた請求項の範囲に拘束されるが（同法 120 条の 2 第 2 項）、特許権者、異議申立人又は参加人が申し立てない理由についても、審理することができる（同条 1 項）。特許取消決定（同法 114 条 2 項 3 項）に対して、特許権者又は参加人は、知財高裁に取消の訴えを提起できるが（同法 178 条 1 項 2 項）、特許維持決定に対しては、異議申立人を含め不服を申し立てることはできない（同法 114 条 4 項 5 項）。

もっとも、利害関係人は、特許権者に対して、期間の定めなく、特許無効審判を請求でき（同法 123 条）、同審判審決に対して不服のある者は、審判におけ

る相手方を被告として（同法 179 条但書）、知財高裁に審決取消の訴えを提起できる（同法 178 条 1 項 2 項）。

審決又は決定取消訴訟の判決については、最高裁に上告が可能であり、また、取消判決が確定すると、再度の審判ないし異議手続の審理が再開し、審判官の合議体が、取消判決の拘束力（行政事件訴訟法 33 条）に従って審決ないし決定をすることとなる（特許法 181 条）。

審決取消訴訟の審理範囲については、昭和 51（1976）年の最高裁大法廷判決（メリヤス編機）[36] 以来、拒絶査定不服事件を特許無効事件と区別することなく、審判で審理判断された具体的事実のみが審決取消訴訟の審理範囲となると実務上解されてきた[37]。そのため、審決取消訴訟で新たな事実について拒絶理由を主張することはできず[38]、取消判決確定後の再度の拒絶査定不服審判において、第一次審判・訴訟で審理されなかった新たな拒絶理由に該当する具体的事実に基づき請求不成立審決がされた場合には、再度の審決取消訴訟も可能となり[39]、特許出願から特許権発生までに、長時間を要するおそれがある。まさに、筆界特定を行政処分としなかった理由が、そのまま妥当する手続となっている[40]。

36）最大判昭和 51 年 3 月 10 日民集 30 巻 2 号 79 頁（メリヤス編機）。

37）拙稿・前掲出願審査 294 頁。

38）もっとも、髙部眞規子『実務詳説　特許関係訴訟〔第 3 版〕』（金融財政事情研究会、2016）350 頁以下は、上記最大判の下で、「特許庁と裁判所との無駄なキャッチボールを防止」する解釈を紹介する。また、知財高判の中には、審決取消訴訟の審理範囲について、審判と訴訟で、それぞれ同一の公知文献に基づく進歩性と新規性が問題となった事例（知財高判平成 19 年 7 月 25 日平成 18 年（行ケ）第 10247 号審決取消請求事件（シリカ系被膜）裁判所 Web）、進歩性の判断における主引用例と副引用例を入れ替えて判断した事例（特許無効事件であるが、知財高判 29 年 1 月 17 日判タ 1440 号 137 頁（物品の表面装飾構造））において、訴訟における事実は実質的に審判で審理されているとして、前記最大判に反しないとするものもある。

39）高林龍『標準特許法（第 6 版）』（有斐閣、2017）275 頁＊ 2 も参照。

Ⅴ　筆界特定手続及び境界確定訴訟の検討と改正への提言

無体物を対象とする知的財産法の分野から見れば、不動産は、古くから所有権の対象とされ、使用収益や取引の対象となり、担保価値も安定しており、客体の特定性及び公示方法も成熟しているように見える。しかしながら、土地は、人工的に境界を定めなければ、一個の特定した有体物として存在できず、したがって排他的に支配できる範囲も明らかとならない。また、一筆の土地について、①現実に占有されてきた範囲と、②登記によって公示された範囲と、③所有権の範囲が、一致するとは限らない。

実務通説に基づいて境界確定訴訟が確定してきた公的境界は、②登記によって公示された一筆の土地の範囲を画するものであり、筆界特定制度は、②の現地における位置を特定する制度である。

境界紛争がある場合において、③所有権の範囲が、②登記によって公示された範囲と一致することを対象土地の所有者や関係人が認めているとき（以下、【事例 1】という。）は、②の現地における位置を特定すれば、境界紛争は解決する。

これに対し、同じ境界紛争でも、①現実に占有されてきた範囲と②の現地における位置によって画される範囲（筆界によって画される範囲）にずれがある事例（以下、【事例 2】という。）や、そもそも②の範囲が判然とせず、筆界の現地における位置が特定できない事例（以下、【事例 3】という。）は、筆界特定をするだけでは、紛争を解決できない。

【事例 2】においては、筆界を特定又は確定し、それを前提に、所有権範囲を確認するための訴訟をする必要がある。所有権を有しない者が筆界を越えて

40）拙稿・前掲出願審査 294 頁は、「出願審査手続の法的性質からすれば裁判所の判断になじむものであり、ただ、技術的専門性から特許庁が出願審査手続および拒絶査定不服審判を管轄することとされた点を考慮すれば、解釈論としても立法論としても、拒絶査定不服手続における裁判所の関与を積極的に認めることができ、また、これを認めることが、事件の性質上も、手続促進の点でも、妥当」であるとした。

現実に占有する土地の一部分について、時効取得や承継取得があったかを主張立証させ、これが認められれば、現実の占有に見合った所有権範囲が確認され、かかる取得が認められなければ、筆界どおりの所有権範囲が確認される。後者の場合には、所有権に基づく立ち退き請求等が行われるか、逆に、占有された土地の一部の所有権譲渡や貸与交渉などによって、紛争を解決することとなろう。

【事例 3】は、筆界を決するための証拠が不十分であり、所有権範囲確認訴訟だけによるならば、筆界に接する土地の所有者のうち誰が原告となっても、証明責任の分配によって敗訴すると解される場合である。この場合には、筆界を形成的に確定する必要があり、境界確定訴訟の法的性質を、形式的形成訴訟とする説が実務通説となったのも、【事例 3】を解決するためであるといってよい。【事例 3】の場合には、境界確定訴訟の法的性質を、所有権界の形成と解する学説によった方が、紛争を一気に解決できそうにもみえる。しかし、【事例 3】でも、当事者が筆界イコール所有権界と認めている【事例 1】のようなケースは、所有権界形成だけで解決可能であるが、過去の、例えば、現土地所有者の先代での筆界がそもそも判然とせず、その後土地の占有範囲が変わった事実は認められる【事例 2】のようなケースでは、過去の筆界をまず確定した上で、現在の占有状態について、【事例 2】と同様に、所有権範囲確認を行うことで、当事者が納得できる解決をもたらすことができるから、実務通説が優れていると解する。

現行法における筆界特定は、行政サービスとして、存在する筆界の現地における位置を特定する制度であり、事実の公証行為である。立法前に検討されたような公定力ある処分とはされなかったが、その判断の専門性と迅速性が評価されているようである。

筆界特定によって解決されるのは、上記【事例 1】の場合であるが、【事例 2】の場合も、先決問題としての筆界が特定されるので、そこを起点とする所有権範囲を巡る紛争の解決に資する。これに対し、【事例 3】では、現行の筆界特定実務では、筆界の範囲の特定のみが行われ、筆界の位置を確定するには、訴訟によらなければならない。立法時に検討されたように、今後、行政庁が境

界確定訴訟に代わって形成的に筆界を確定する制度を創設する場合には、境界確定訴訟において、形成的境界確定がどのような基準で行われてきたかを分析していく作業が重要であろう[41]。また、形成的境界確定を行政庁が行う制度とする場合も、私人間の土地境界紛争の先決問題を決する訴訟類型として確立してきた境界確定訴訟は、本来裁判所の判断になじむ事件であって、本来的行政処分ではないから、行政処分とその公定力を前提とした抗告訴訟という制度設計を行うべきではない。その場合には、形成的筆界確定を、行政庁による前審と裁判所による続審という制度設計にして、行政庁と裁判所の間で事件が往復しないような手続とすべきである[42]。現行法上の筆界特定制度は、境界確定訴訟の前審ではないが、同訴訟の先決問題となる事実の公証であり、また、行政庁による筆界特定に不服があれば、筆界特定そのものへの不服申立てはできないが、筆界確定の訴えを提起することにより、事実上筆界特定への不服を訴訟によって解決できる制度として設計されており、行政庁の専門性迅速性と、裁判所によるレビューを実質的に保障した、優れた制度であると解する。

もっとも、現在の筆界特定制度と境界確定訴訟の関係を維持する場合にも、次の点の改善を検討すべきである。

すなわち、筆界特定を管轄する法務局又は地方法務局と、境界確定訴訟や所有権範囲確認訴訟を担当する裁判所が、互いの判断を相手方に通知し、筆界特定を訴訟の先決問題として利用し、また筆界確定判決又は所有権範囲確認判決が確定したら、これを登記所備付地図及び登記に反映するシステムを確立すべきである。その際には、特許法における特許庁と裁判所の間の通知等に関する

41）倉田卓次「境界確定の訴について㈠」司法研修所論集 54 号 37 頁（1975）、「同㈡」同 57 号 69 頁（1976）、100 頁以下（最高裁判所事務総局民事局監修・前掲 577 頁再録、637 頁以下）は、ドイツ民法 920 条を引いた大審院判例などで示された基準を紹介する。吉野孝義「筆界確定訴訟とは何か―倉田講演録を題材として」登記研究 835 号 123 頁（2017）も参照。これらの裁判実務における基準は、境界紛争の実質的解決のための工夫の積み重ねであり、形成要件としてまでは確立していなくても、自由裁量の形成処分が認められると解すべきではない。

42）前記Ⅱ 4、Ⅳ 4 ①参照。

規定（特許法 168 条 3 項ないし 6 項、182 条）が参考となろう。

Ⅵ　結語に代えて――特許関係訴訟への視座

筆界特定手続と境界確定訴訟の手続構造とその立法理由を検討し、また、筆界特定制度の利用数が、立法時の予想を大幅に上回っていることを考えると、特許関係審決取消訴訟における審決取消判決と審判の再開という手続構造は、果たして最良の手続なのか、という疑問が再び湧いてくる。今日では、特許法 104 条の 3 により特許権侵害訴訟において特許無効の抗弁が認められ、これに対する訂正の再抗弁の主張も判例によって認められ[43)]、さらに同法 104 条の 4 で特許庁審決と侵害訴訟裁判所判決確定の先後によって当事者間の紛争を一回的に解決することとされた。そのような今日、専門性を備えた特許審判制度の実効性を高め、特許権者が早期に特許権を取得できるようにするために、また、特許出願審査・審判により特定された権利客体の一部に無効理由があっても、残部は有効に存続すべき特許権を安定的に行使できるようにするためにも、審決取消訴訟の手続構造を見直していく必要があろう。

43）従来から、特許権侵害訴訟の裁判例において訂正の再抗弁が認められてきたが、最判平成 29 年 7 月 10 日民集 71 巻 6 号 861 頁（シートカッター）もこれを認めた上で、訂正審決に関する最判平成 20 年 4 月 24 日民集 62 巻 5 号 1262 頁（ナイフの加工装置）の理は、訂正の再抗弁にも妥当するとした。