

Title	〔最高裁判事例研究一〕土地境界確定の訴における判決主文において係争の土地の所有者を表示することの要否 境界確認請求事件 (昭和三七年一〇月三〇日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira) 伊東, 乾 (Itō, Susumu) 民事訴訟法研究会 (Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.4 (1964. 4) ,p.103- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640415-0103

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.

といわなければならない。かくして判旨が、その口頭了解ないし労働慣行を團結権に抵触し、公序に反するものとして無効だとしたの

は正当であつたと考えられる。

(宮本 安美)

〔最高裁判事例研究 一二〕

昭三七二五(最高民集一六卷一)
○号二一七○頁)

土地境界確定の訴における判決主文において係争の土地の所有者を表示することの要否

境界確認請求事件(昭三七・一〇・三〇第三小法廷判決)

上告代理人の上告理由第一点は、原判決に左記のごとき理由不備又は理由その違法がある。(一)原判決の主文第一項は、控訴人等(原告・被上告人等)共有の甲番地山林とは被控訴人Hを除くその余の被控訴人等一〇名共有の隣地乙番地山林との境界は別紙図面の線であることを確認する、としている。しかし、乙地山林がHを除くその余の被控訴人等の共有であることにつき原判決に理由が示されず、且つ原判決は理由の冒頭に右山林がHを含めて被控訴人等一名の共有であることは当事者間に争のない事実である、としている。(二)元来被上告人等は、第一審以来乙地山林は上告人等一名の共有であると主張し、上告人等一名を被告として本件境界確定訴訟を提起したのであり、両地の共有関係については、上告人等も終始これを争わなかつた。ところが原審最終口頭弁論で、被上告人は請求趣旨訂正申立書に基づき請求の趣旨を訂正して原判決主文と同旨の判決を求めたが、訂正理由については何等の陳述もしていない。上

告人等も乙地山林がHを除くその余の被控訴人等の共有であると認めてはいない。だからこそ原判決は理由冒頭に、「乙地山林が被控訴人等の共有であることは当事者間に争がない」と判示している。

(三)しからば、原判決の主文はその理由と一致せず、この点で原判決には理由不備又は理由その違法がある。第二点として、原判決は訴訟当事者適格を誤つた違法がある。(一)本訴は境界確定の訴であるから、境界の確定さるべき隣接両地の所有者が対立当事者となるべきであり、非所有者は当事者適格を有しない。(二)しかるに被上告人は、本件請求の趣旨訂正申立書で、乙地山林は上告人Hを除くその余の上告人等一〇名の共有としたのであるが、それなら訴訟の相手方をHを除くその余の上告人等一〇名に限定すべく、すなわち、上告人Hに対しては訴を取下げるか請求の抛棄を為すべきに拘らず、それをせず、上告人等一名を相手方としたまま訴訟を進行し、原判決も右一名を被控訴人として表示し判決した。原判決は当事者の適格を誤つた違法の判決である。

これに対し、上告審判決は、上告理由第一点について、土地境界確定の訴においては、判決主文において、特定の隣接地番の土地相互の境界を表示すれば足るのであつて、所有権確認の請求が含まれない限り、右土地の所有者が誰であるかを主文に表示することを要す

るものではない。従つて、単なる土地境界確定の訴であり、所有権確認の請求の含まれない本件において、原判決がその理由において上告人Hを乙地山林の共有者であると確定しながら、その主文において、甲・乙山林の境界を表示するにつき、上告人Hを右山林の共有者である旨を表示しなかつたからといつて、所論の理由不備又は理由そこの違法があるとはいえない。右主文において上告人H以外の上告人らを右山林の共有者である旨表示したことは無用の表示であり、右表示のあることは前記の結論を左右しない。論旨は採用できない。上告理由第二点について。原判決は、被控訴人Hを加えた被控訴人ら二名（上告人ら）が乙地山林の共有者であると確定しているのだから、上告人ら一名に対する本件境界確定の訴を適法とした原判決に所論の違法があるとはできない。よつて上告棄却。

判旨に賛成する。

一、土地境界確定の訴の法的性質については見解が対立している。かつてドイツ普通法並びに各州法においては（例えばプロンヤ法、ザクセン法など）この訴は *rei vindicatio* の一変体であり、且つ被告が反訴を提起しない場合でも原告及び被告が各 *rei vindicatio* の訴を提起したがごとくに理解し、したがつて原告の請求が理由のない場合にも請求を棄却せず、被告の請求を理由ありとして境界線を定める判決をしなければならぬ、いわゆる *actio duplex*（訴訟）と理解されていた（雑本諸問題）。給付・確認・形成の訴のいずれか一つに位置づけ、一般の訴とは区別して境界確定の訴を認める以上は、本訴が *actio duplex* であるという点に区別のメルクマールを求めざるを得なかつたのは当然である。後の学説が本訴を純然たる形成訴訟であると

か（形式的形成訴訟と区別する意、（味で以下純形成訴訟と呼ぶ））確認訴訟であるとか説明するが、それならば一般の形成訴訟や確認訴訟と区別して本訴に独立のカテゴリーを認める必要はないといわねばならない。この点にのみ関していえば、むしろ本訴を *rei vindicatio* にして *actio duplex* とみる普通法時代の見解がはるかにすぐれていたとみなければならぬ。しかし、本訴を *rei vindicatio* にして *actio duplex* とみることが理論的に不可能である。原告Aが境界線A'を主張し被告Bが境界線B'を主張している境界確定の訴において、Aの請求はA'・B'間の土地の所有権に基づく返還請求、Bの請求は同じく同土地の返還請求であり、訴訟物は同一であるから *actio duplex* と考えると二重起訴の禁止にふれることになる。この点を度外視しても、AがA'の立証に失敗し、BがB'の立証に失敗すると、A・B双方の請求が棄却される。この場合判決により境界は確定されないことになる。境界確定の訴はこの場合本来の機能を果さないことになる。また *actio duplex* なる観念を用いることにより、被告が反訴を提起しないのに反訴を提起したものとして扱うのは、原告に請求棄却以上の不利益を帰せしめ、民訴法一八六条にも違反することになる（雑本前掲九〇頁。なおそもそも *rei vindicatio* に非ずとし、その理由として以下のごとく述べている。現代ノ訴訟ニ於テハ、*rei vindicatio* ハ所有権ノ侵害ニ因リテ生ジタル返還請求權ヲ訴訟物トスル訴ナリト視、所有権自体ヲ訴訟物トスル訴ナリトハ解セス。從テ返還請求權ノ存否ニ依リテ、訴界線ヲ定メントスルハ、其關係問接ニテ適切オラス。トして、この理論は所有権に基づく返還請求權の確定が、所有権を同時に確定しないといふ前提に立つて、それ自体問題であると考えざるべし、雑本氏のこの点の主張には賛し難い、さらに同氏は *actio duplex* と解さない理由として、民事訴訟における処分権主義を挙げざるは、結果訴訟ヲナス *rei vindicatio* ノ一変体ト解セザル場合ニ、*actio duplex* ナル觀念ノ必要ニ對テハ、觀念ヲ製用スルノ必要モ亦存セス。是レ *actio duplex* ナル觀念ノ必要ニ對テハ、該界訴訟ニ於テ原告ノ請求ノ全部又ハ一部ヲ棄却シタル場合ニハ、原告ノ一部ノ請求當スル土地ノ部分ヲ被告ニ返還スヘキコトヲ命スル給付判決ヲ為スコトヲ得ルカ為メナルカ故ナリ）として、本訴を *actio duplex* と考える必要は、むしろ

原告の請求に理由がない場合に、請求を棄却するのではなく、何らかの境界確定の判決をしなければならぬということによることを考へるべきであらう。したがつて本訴を「*indefinito*」としてではなく、確認訴訟、純形成訴訟として理解する場合でも「*indefinito*」として理解しなければならぬのではなからうか、ということも本訴を訴訟事件として理解しなければならないことを意味しているのではないからうか。いずれにせよ、唯本博士の *rei vindicatio, actio duplex* 批判には結論的には賛成であるがその論拠には若干の問題があると考えらる。

純形成訴訟にも問題がある。たしかに境界確定の訴にあつては、境界が不明な場合従来の境界はさておいて新しい境界を定めると考へる限り、これを形成訴訟と考へることができよう。しかし、訴訟事件としての形成訴訟は、形成権乃至形成要件の存在を前提とする。しかるに境界確定の訴にあつては実体法上かかる形成権乃至形成要件は規定されていない（民法九二〇条は形成要件を定めているので、独）。したがつて本訴を純形成訴訟と理解することはできない（加藤）。
批評集一巻二二頁以下。ここに形式的形成訴訟説の成立する可能性が存する。

もつともこの点で唯本博士は、「経界線カ不明ナル場合ニハ、判事ハ、衡平ノ命スル所ニ從ヒ、争アル土地ノ部分ヲ兩隣地所有者間ニ分配スルカ如キ経界線ヲ定ムヘキモノナルコトハ、羅馬法以來普通法時代ヲ通シ、我訴訟法制定ノ当時ニ至ルマテ、一般ニ行ハレタル慣習法ナリ。故ニ、我訴訟法ニ於テモ、経界ノ訴ニ関スル右ノ慣習法ハ之ヲ襲用シタルモノト解セサルヘカラス」（四頁）とされる。唯本博士は同時に境界確定の訴を以てその実質は非訟事件とされているので（同頁）前掲の表現をもつて実体法上形成権の存在を認め、したがつて純形成訴訟説をとつたものと理解することはできないであらう（加藤）。
博士は前掲一三〇頁で唯本博士の見解を以て純形成訴訟説と理解されているようにあるがこれは疑問である。加藤博士は、唯本博士が慣習法上の形成権を認めることによつて本訴を純形成訴訟と理解す

るものと解し、「我民法カ果シテ斯カル慣習法ノ存在ヲ認メ又之ニ依ルコトヲ是認シタルヤ否ヤ疑ナキ能ハス」としている（三頁）。「衡平に従い境界を定める慣習法」とはそもそも何であらうか。「衡平に従い境界を定める」というのは、衡平の原則にのつた自由裁量によつて境界を定めるということであつて、ここにいわゆる慣習法とは、訴訟によるそういう境界の定め方を内容とする慣習法を意味すると解すべきであらう。訴訟上行使される形成権が実体法上存在しないという点で純形成訴訟説には賛成しえない。

このほか純形成訴訟説に対しては以下の二点で批判が加えられている。第一に、「凡ソ形成訴訟ノ場合ニ在リテハ形成権カ訴ニ依リテノミ行使セラルルコトヲ要スル旨ヲ明規シタル場合ニ限ルモノトス……然ルニ経界線ノ確定ニ付テハ必スヤ訴訟ニ因リテ其ノ経界ヲ設定セシムルニ非サレハ其効ナキ旨ヲ明言セル何等実体法上ノ明文ナキハ勿論我國ニ於テ斯カル慣習法ノ存在アルコトヲ聞カサルナリ」と（加藤前掲一三三頁。さらに同二一三六頁は、或ハ曰ハシテ裁權第十四条第二号（ロ）及ヒテ之ヲ提起シ得ル旨ヲ認メタルモノナリト曰ク然ラス是経界ノ訴ヲ提起シ得ル旨ヲ認メタルニ止マリ経界ノ確定ハ必スヤ訴ニ依リ其判決ノ確定ニ因リテノミ之ヲ認ムルコト能ハサルナリ）とされている。現行法上は経界の訴につき明文の規。しかしながら、この批判は結局は慣習法上、裁判上行使を要する形成権が存在するや否やの問題に帰着する。明文の規定は存在しないにしても裁判上行使を要する形成権が慣習法上肯定される以上は本訴を以て純形成訴訟と理解する余地は充分に存する。しかして前述せるごとく裁判上行使を要すると否とを問わず、境界確定の形成権そのものとはそもそも存在しないと考へるべきである。仮りに裁判上行使を要する形成

権が存在する場合、したがつて形成訴訟の認められる場合、もちろん形成権の行使そのものは訴訟によらなければならないが、このことは、形成権の行使によらない、合意、仲裁等による境界の形成を否定するものではない。それはあたかも離婚原因ニ離婚形成権が存在する場合でも協議・調停・審判等による離婚が可能であるのと同様である。したがつて、少なくとも「境界線ノ確定ニ付テハ必スヤ訴訟ニ因リテ其ノ境界ヲ設定セシムルニ非サレハ其効ナキ旨ヲ明言セラルコトヲ聞カサル」限り、純形成訴訟に賛成しえないとすることは誤りであろう。第二に、「凡ソ形成判決ニ在リテハ其創設力ノ効果ハ唯リ訴訟当事者ノミナラス第三者即チ汎ク何人ノ為メニモ亦何人ニ対シテモ効力ヲ有スル：・判決ノ創設力カ何人ニ対シテモ効力アル所以ノモノハ判決ノ其創設的作用タルヤ国家ノ命令権ニ基ク処分行為タルノ性質ヲ有スルカ故ナリスノ如ク判決ノ創設的作用カ国家命令権ノ処分タルノ性質ヲ有スル以上ハ国家カ其ノ処分ヲ為スニ付テハ必スヤ職権調査ヲ為スコトヲ得サルヘカラス是レ行政事件及ヒ非訟事件ニ於テ何レモ職権調査主義ヲ採ル所以ナリ故ニ形成判決ニ付テモ国家カ其処分シテ形成的効果ヲ發揮セシメンカ為メニハ職権調査主義ヲ採ラサルヘカラス：又給付判決若クハ確認判決ニ於テ判決ノ既判力ノ及フ主観的範囲カ訴訟ノ当事者ニ限ルト為ス根拠ハ弁論主義又ハ処分権主義ニ基ク。是レ人事訴訟ノ如ク判決ノ形成的効果カ第三者ニ及フモノニ在リテハ自白、認諾等ノ効力ヲ認めサルノミナラス或程度ニ於テ職権調査主義ヲ認メタル所以ナリ殊

ニ人事訴訟ハ形成訴訟ノ最モ主要ナルモノトシテ之ヲ規定シタルモノナルカ故ニ他ノ形成訴訟ハ之カ類推ニ依ルコトヲ得ヘシ。境界訴訟ニ付テ之ヲ観ルニ毫モ職権調査主義ヲ認メタル明文上ノ根拠ナキノミナラス境界訴訟ヲ以テ形成訴訟ナリト論スル学者ニ在リテモ亦何レモ弁論主義ノ下ニ於テ境界訴訟ヲ以テ形成訴訟ナリトシテ説明セントシ。子輩ハ制限ナキ弁論主義ノ下ニ創設的判決ヲ為シ汎ク第三者ニ対抗シ得ル効果ヲ得セシメントスルコトハ不能ノ事タルヲ信ス」(加藤前掲)とする批判が、純形成訴訟に対して加えられている。しかしながら、形成効そのものが本来対世的効力をもたなければならぬということはいえない。むしろ形成効の対世効は法律関係の画一的規整という別の要求からくるもので、形成効が論理上必然的に対世効をもつというべきではないであろう(兼子体系三五)。境界確定の訴が純形成訴訟であるとすればそれはまさに、対世効をもたない形成効を生じる形成判決とみるべきであろう。また形成訴訟の認められるすべての場合に職権調査が規定されているとは限らないし、形成効の相対性を認める場合職権調査主義をとらねばならないということにはならないから、この批判もまた適切とはいえない。

確認訴訟説の主張は以下のごとくである(確認訴訟説をとる判決として三判大正三年(オ)二九五号大判民二一七〇五頁、大審大正四年五月一五日民二六輯九五九頁、大正五年五月二九日東地民四判評論五卷二五七頁などがあり、學説としては、中島秩義二上三五二頁、三編法協三八卷二二七頁、板倉志林一三卷四四一頁、岩田原論一六頁など。なお、明治四四年一月一六日東京判新七五八号二二頁は、土地の所有権の争いに基因して、その境界の確定を求める訴で境界を確定するのは、争いのある部分の所有権を確定するものにはならないとしている。この判決は境界の訴とは、民法二二三条以下数条に規定される権利のごときい、いわゆる境界権に関する訴であるというが、これが確認の訴が否かは明らかでない。大正五年一月九日長崎控民判新

聞一八九九号一八頁は、境界確定の訴には、単に境界のみに争ひのある場合と、所有権の範囲に争ひがあり境界確定を請求する場合との二種ありとしている。前者は形式的形成訴訟、後者は確認訴訟といふのであろう。境界確定訴訟中に二つの性質の異なる訴訟を含めしめるものとして宮崎「境界確定訴訟の性質について」判例タイムス四九号二、三頁、昭和三〇年六月一七日徳島地判下級民集六卷六号一六八頁は、境界確定の訴においては、証拠により境界を確定することができない場合でも、占有の状況、地形、地物あるいは公簿面積その他諸般の事情を綜合して境界線を確定すべきであるとしている。証拠により境界を確定する場合の境界確定の訴は確認訴訟であり、その他の場合は形式的形成訴訟と考えられるので、この判決も境界確定の訴に二種のものを認める趣旨と解してよいであろうか。このほか大審大正一二年六月二日民選判民集二卷三四五頁は、「此ノ種ノ訴カ相隣地間ノ境界線ヲ定ムル創設的判決ヲ求ムルト将又既ニ客觀的ニ存スル兩地ノ境界線ヲ判決ヲ以テ確認スルニ過キサルモノトナスニヨリ差異ヲ生スルモノニ非サルナリ」として、同じく二種のものを認めている。大審昭和十五年一〇月二二日。「境界確定ノ訴ヲ以テ確認訴訟ト爲ス現行法上ノ積極的ノ根拠如何ト問ヘハ予輩モ亦同シク裁構第十四条第二号(ロ)又ハ民訴法第二十二條ニ所謂境界ノミニ関ル訴訟即チ是ナリト答フルノ外アラサルナリ蓋シ是等ノ二箇條ニ於テハ何レモ本權ノ訴ト分離シテ境界ノ訴ヲ認ムルコトハ明白ナリ而シテ境界ノミニ訴ハ其目的ヨリ推論シテ給付訴訟ニ非サルコトハ明白ニシテ且ツ形成訴訟ニ非サルコト前ニ論斷セシ所ノ如クナル以上ハ今日ノ訴ノ種類ヨリ分類シテ確認訴訟ナリト論定スルノ外アラサルナリ」唯確認訴訟ハ權利關係ノ確認ヲ目的トスルモノニシテ事実ノ確認ヲ目的トスルモノニ非サルコトモ亦今日ノ學說ノ認ムル所ナリ然ルニ境界線ノミニ確定ハ事実ノ確認ナルカ故ニ確認訴訟ノ目的タルコトヲ得ストハ形成訴訟說ヲ採ル學者ノ主張スル所ナリ然リ予輩モ亦境界線其モノハ事実タルコトハ之ヲ認ム然レトモ境界線ノ上ニ境界權ノ存スルコトハ民法第二二三條及ヒ第二二四條ニ依リテ明白ナリ從テ境界ノ訴トハ境界權ノ存スル位置ヲ確認スルコトヲ目的トシ猶ホ土地所有權確認ノ訴ニ於テ所有權ノ行ハルヘキ土地其モノヲ確認スルカ如シ而シテ所有權確認ノ訴ニ於テハ現ニ存スル

或地域ヲ指定シテ其上ニ所有權ノ存スルコトヲ主張シテ訴ヲ起スヲ例トスト雖モ亦主觀的ニハ其地域ヲ指定スルコト能ハサルモ自己ノ所有地カ何村何字何番地トシテ某村某字中ニ客觀的ニ存在シタルコトヲ主張シテ以テ所有權ノ確認ヲ求ムルコトヲ得ルナリ例ヘハ土地ノ所有者カ永年不在ナリシ爲メニ境界ノ標示等モ撤去セラレ自己ノ所有地ノ何レニ在リシカラ判然知り得サル場合ノ如キ又ハ耕地整理ノ如キ事業ニ依リ界標撤去セラレタル場合ノ如キハ某村某字中ニ自己ノ所有地ノ存在セシコトノ確証ハアルモ換言スレハ客觀的ニハ所有權存在セシコト明白ナルモ主觀的ニ不明ナル場合ニ於テハ其土地ヲ指示スルコト能ハス而カモ尚ホ確認訴訟ヲ起スコトヲ得サルヘカラス是ト同シク境界ノ訴ニ於テモ客觀的ニ存スル境界線上ノ境界權ノ確認ヲ求ムルモノニシテ同シク權利關係ノ確認ニ外ナラス要スルニ境界ノ訴トハ單ニ略語ニ過キス又ハ通俗ノ名稱ニ過キス正確ニ曰ヘハ境界權確認ノ訴ト云フヲ正当ナリトス而カモ尚ホ法律カ單ニ境界ノミニ訴ト称シ且ツ判決主文ニ於テモ「某々地線ヲ以テ境界線トス」ト宣言スルニ止メ「某々地線ヲ以テ境界線トスル境界權ヲ確認ス」ト宣言スル必要ナシトスル所以ノモノハ境界線ヲ確認スレハ直ニ其上ニ境界權ノ存スルコトハ明白ナルカ故ナリ然ルニ土地所有權ノ確認ニ在リテハ唯權利ノ目的タル土地其モノノミヲ確認スルモ其上ニハ地上權、永小作權等所有權以外ノ他ノ權利カ存在シ得ルカ故ニ所有權ヲ確認スト明言スル必要アリ故ニ二者ハ大ニ趣キヲ異ニスレハ境界權確認ノ訴ト曰ハスシテ單ニ境界ノミニ訴ト略称シ判決主文ニ於テモ單ニ境界線ノミヲ宣言スルヲ以テ足レリトスル所以ナリ

從テ之カ為メニ境界ノ訴ヲ以テ事實ノミノ確認ニ過キストシ法律關係ノ確認訴訟ニ非スト云フコトヲ得サルナリ(加藤前掲一四〇―一三頁)と。確認訴訟における確認の対象が証書真否確認の訴におけるように事実であることも例外的にはありうるので、確認訴訟をとも必ずしも境界権なる觀念を絶対に必要とするとは思われない。また境界権なる觀念が存することは、民法二三・二二四条の規定から明らかであると考えられるが、同条は界標設置権を定めたもので、これをもつて境界権なりということができないとすれば、境界権とは一体何を意味するものであろうか。本訴を確認訴訟とみる場合、境界権の確定力ある確定がなくても、界標設置権の確定乃至界標設置請求は可能であるから、境界権と界標設置権とは別個の権利であるとみななければならない。さらに、境界確定の訴を境界権確認の訴とみると、*actio duplex* とみない限り請求に理由がなければ請求棄却の裁判をせざるを得なくなり、この判決によつて原告の主張する境界権が存しないことが確定されるのみで、境界は確定されないことになる。これは境界確定の訴の本来の目的に反することにならないであろうか。以上の理由で境界権確認訴訟には賛成しえない。

同じく確認訴訟をとりながら、境界確定の訴の確認の対象を境界権ではなく土地所有権の限界をその対象とするとみる見解がある。例えば薄根判事は以下のように主張される。「我が法律の下に於ては境界を創設すべき形成権を認める根拠がないと思ふし、又境界の創設は即ち土地所有権の限界を劃し、其の広狭に變動を及ぼし、或は土地の個数にも變動を与えるものと考え外ないから、形

成訴訟と解するときには土地所有権關係を紛乱せしめ境界確定訴訟の目的に適合しない。從て形成訴訟説を採らず確認訴訟と解する。而して境界は之を法律關係として観れば土地所有権の限界として意義を有するに止まり、境界其のものとして独立の存在を認め得ないから、境界確定の訴は即ち土地所有権の限界確認を求めると解する。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限界は確認しない(一個の権利の内容に付て——例えば堅固な建物の所有を目的とする借地権なりや非堅固な建物の所有を目的とする借地権なりや(借地法二条)——確認を求むることも可能であるし、其の外部的限界のみに付て確認を求むることも可能である)。又土地所有権の客観的限界のみを確認するもので主観的の帰属關係を確認しないものと思う」と(民商四卷四号(一三六―一七頁))。確認訴訟説によると原告Aが境界A'を主張し被告BがA'よりA所有地寄りの境界B'を主張した場合、Aの請求に理由がなければ請求は棄却され、結局B'が境界であるという事実が立証されなくてもA B間で境界はB'であることが確定する。かかる場合A'・B'間で衡平な見地から境界が定められる可能性があつてしかるべきであろう(後出昭和二年二一)。それがためには所有権の限界を確定する確認の訴とは別に形式的形成訴訟としての境界確定の訴を認めておく意味があると考えられる。

またAがA'をBがB'を主張し境界についての主張が対立している場合はさておいて、境界についての主張は対立していないが、相互に境界が不明確であることを認めている場合、当事者に境界を定めるために一定の境界線を主張させて所有権の限界確認の訴を提起せし

めることは妥当であるうか。疑問である。

Aが境界A'をBがB'を主張する場合、Aは自己の土地所有権の限界がA'であることの確認を求めめる確認訴訟を提起することもできるし、A'・B'間の所有権確認の訴も提起することができよう。しかし、それらは所有権の限界乃至所有権それ自体の確認訴訟であつて、境界確定の訴はこれとは別に認めらるべきである。

かくして私は、境界確定の訴を以て形式的形成訴訟であると理解したい(兼子体系一四六一七頁、同判例民事訴訟法七六一八頁、中田「訴訟上の諸月民訴法五三頁、未弘判例民事訴訟法一八頁以下及び三〇九頁、三ヶ月民訴法五三頁、九卷民訴二五二二年六月八日、中判判例大正一〇年三月、雄本前掲九四頁、高澤評論九卷民訴二七頁一〇卷一六八、二七四頁、判例としては、大正二年七月二九日東地民一判新聞九〇七号二頁、大正二年一月二八日東地民一判新聞九二九号二頁、大正三年六月一五日東地民四判評論三卷民訴一一二頁、大正四年六月三〇日東地民四判評論四二卷民訴二四四頁、大審大正一〇年三月五日民判二七卷四一頁、大正一〇年五月二八日民判二七卷一〇〇三頁、昭和三年五月二七日大阪高判下民集一二卷五号一二〇九頁)。もつとも形式的形成訴訟説に対しては多くの批判がなされている。第一に、旧民訴法二二条I項や裁判所構成法一四條に境界の訴が規定されていたが、当時すでに、「凡ソ一箇ノ訴ヲ以テ法律カ既ニ之ヲ民事訴訟トシテ取扱ヒ居ルニ当タリ之ヲ訴訟事件ニ非ス非訟事件ナリト論断スルニ当タリテハ民事訴訟トシテ他ニ説明ノ方法ナキ場合ニ於テ或ハ其ノ説ヲ維持スルコトヲ得ヘキモ若シ之ヲ確認訴訟トシテ十分ニ其ノ説明ヲ為スコトヲ得ヘキニ於テハ強ヒテ非訟事件説ヲ固持スヘキモノニ非サルナリ殊ニ況ンヤ境界確定事件カ本来ノ性質上非訟事件ニ屬シ訴訟事件ニ屬スヘカラサルモノナレハ法律カ特ニ之ヲ形式的ニモセヨ民事訴訟トシテ取扱フコトヲ要スル旨又ハ少クトモ取扱ヒ得ル旨ヲ規定セル法文上ノ根拠ナカルヘカラス然ルニ分割ノ訴ニ関スル民法第二五八條ノ如ク境界確定ノ訴ニ付テ

ハ特ニ之ヲ民事訴訟トシテ提起シ得ル旨ノ明文ナキナリ若シ明文ナシトスレハ本来非訟事件ノ性質ニ屬シ訴訟事件ニ屬スヘカラサルモノニ在リテハ民事訴訟トシテ之ヲ提起スルコト能ハサルハ明白ノ事理ナルヲ以テナリ故ニ予輩ハ非訟事件説ニ左祖スルコト能ハサルナリ(加藤前掲二)との批判がある。旧民訴二二条I項や裁判所構成法一四條が、共有物分割訴訟に関する民法二五八條や父を定める訴に関する民法七三三條と同様に、何故境界の訴を形式的には訴訟事件として取扱フ法文上の根拠にならないのであるうか。私はこの点理解しえない。いずれにせよしかし、改正民訴法一七條は境界の訴につき規定をおいていないし、裁判所法も同様である。そこで、性質上非訟事件たる境界確定事件が何故訴訟事件として処理されるのかという疑問が当然生じる。この点について三ヶ月教授は、「この種の訴を認める根拠は現行法上なくなつたが、その現実的必要もあるし、非訟事件の手續として明定されてもいらないから現在もなお認められると解してよい」とされている(前掲)。私も前述のごとく境界の訴をとくに一般の確認訴訟とは別に認める必要があると考へるので、この見解には賛成である。裁判所構成法一四條や旧民訴法二二条I項のごとき規定が現行法上存在しないのは、境界訴訟の事物管轄は一般原則によるべきであるし、土地管轄も民訴法一七條によればよく、特に境界の訴だけを取上げて規定する必要がなくなつたからで、現行法でこれらの規定を欠くようになつたことは従来認められていた境界訴訟を現行法で否定する趣旨ではないと理解すべきである。第二の批判は確認訴訟説の立場からのそれである。すなわ

ち、「経界ノ訴ヲ以テ形成訴訟ナリトスル説ヲ採ル学者ハ大概ニ経界線カ主觀的ニハ勿論客觀的ニモ亦不明ナル場合アルコトヲ前提トセリ然レトモ或地域ニ所有權ノ存スル以上ハ経界線ノ存セザルモノナシ経界線ノ存セサル土地アリトスレハ其上ニ所有權ノ存スヘキ謂ハレナシ故ニ予輩ハ苟モ所有權ノ存スル以上ハ経界線存スルコトヲ認メサルヘカラスト信ス」(加藤前掲、一四三頁)。あるいは、境界が「客観的に不明とは結局不存在を意味する。蓋し境界は存在するが客観的に不明なりということは無意味であり、然も境界が存在するならば裁判所がこれを設定することと矛盾する。若しそうならば一体土地所有權が存してその境界が存しないということが理論上あり得るのであるか。蓋し所有權は目的物に対する排他的直接的支配權であるから、その目的物は特定せる独立の物であることを要する。…もつとも非訟事件説の趣旨は厳密な意味においては境界が存在することとしても、事実上不明となつた結果争ある場合に、裁判をもつてこれを設定して貰い紛争を除去予防するにあるとも解せられるが、それならば場合を分つて考えるべきではなからうか。蓋し、裁判の実際において二個の土地の境界が証拠によつて認定し得る場合も少くないが、かかる場合には——仮令境界線そのものは事実なるが故に確認の対象とならないとしても——何等かの意味における確認の訴でなければならぬ。そして境界確定の訴においては『裁判所は当事者適格と境界設定の必要を肯定する限り、必ず本案判決をして境界設定をすべきで、原告の請求棄却の本案判決は存する余地がないのである』とされている關係上、証拠によつて境界が認定し得な

い場合には、衡平の見地からの裁量によつて境界線を創設するほかないが、経界確定の訴が形成判決だとしても、それはこのような場合のみ妥当し得る」と(宮崎「経界確定訴訟の性質について」、『判例タイムス』四九号二頁以下)。土地所有權の及ぶ範囲が不明確である場合とは境界は存在するが認識しえないか争い(認識の対立)がある場合であつて、かかる場合土地所有權が成立しえないわけではない。境界線が存在するということが裁判所がこれを新たに形成判決により設定することとは矛盾しない。従来の不明な境界線とは別に新たに境界線を判決により設定することと境界確定の訴は目的としているからである(新しい境界線が旧境界線も理論的には旧境界線が)。これを矛盾であると考えるのは本訴を従来の境界線の確認と考えるからである。その前提それ自体がまさに問題なのである。また論者が境界確定訴訟において境界が証拠により認定される場合は確認訴訟であるとしている点も問題である。すなわち、かかる場合は訴は実是一般の確認の訴であつて、境界確定の訴ではないとみるべきだからである(境界確定訴訟のうち二つの場合すなわち確認訴訟の判例については、境界確定訴訟と形式的形成訴訟とを認める確認訴訟の判例参照)。かかる場合境界確定の請求を所有權の境界の確認請求と善解するか、あるいは請求を後者に変更しない限り訴を却下すべきかは、もとより便宜の問題である。またかかる場合も訴を境界確定の訴と呼ぶか否かは言葉の問題である。固有の意味における境界確定訴訟にあつては、衡平の見地より自由な裁量を通して裁判所が境界を決することを目的とすると解すべきである。したがつて、境界確定の訴の請求は、隣接両地の境界の確定を求むれば足り、原告は特定の境界線を主張する必要がないし、仮りに主張した

としても裁判所はその主張に拘束されないことはもちろんである（兼子判例民法八〇頁）。大審昭和三年五月三日新聞二八七八号九頁は、境界確定の訴において裁判所は当事者の主張に拘束されることなく自由にその境界線を確定しようとしており、明治四〇年三月九日東横民一判新聞四一九号五頁は、右訴において裁判所は、原告の主張する境界が正当であるかを否かを判断するだけでなく、係争地の範圍を超えない程度に進んで正当な境界を定め（第三に、同じく確認訴訟の立場から以下のごとき批判が、純形成訴訟乃至形式的形成訴訟に対して加えられる（ここにあげる批判は純形成訴訟に対するものであるが）、「境界訴訟ヲ形成訴訟トナストキハ三審マテ経テ判決確定スルニ非サレハ境界ハ確定セス何トナレハ判決確定スルニ非サレハ形成権カ行使セラレタリト謂フコトヲ得サレハナリ故ニ形成判決確定前ニ在リテハ土地ノ範圍確定セス從テ境界形成訴訟ト同時ニ所有權確認訴訟ヲ提起シ得ヘカサルノ疑ヲ生ス（雄本博士京法一三卷二号一一頁）然ルニ境界ノ訴ヲ以テ確認訴訟トナストキハ所有權確認訴訟ト同時ニ之ヲ起スコトヲ得ヘシ」と（加藤前掲一三二―一三四頁）。しかしながらこの批判も妥当しないと思われる。確認訴訟の説くように、境界権や所有権の一限界を確認の対象となしうるなら、境界権や当該限界を除いた所有権の確定も亦確認訴訟の対象たりえなければならぬ。したがつて、境界確定訴訟に所有權確認訴訟を併合することは可能であろう。第四に、以下のごとき批判がある。更に実務上の困難として考えられることは、現行民事訴訟法は昭和二三年法律第一四九号の改正により弁論主義が著しく強化され、『当事者の申出に証拠によつて心証を得ること能はざるときその他必要ありと認むるとき』に職権で証拠調査をなしうる旨の民訴二六一条が削除せられた結果、裁判所が職権をもつてなし得る証拠調査の囑託と当事者の

申出た証拠によつて心証を得ることができない場合における補充的本人訊問のみである（もつとも裁判所は民訴一三一条による釈明処分として検証を得るが、この検証の趣旨は本来は訴訟資料の明確を期するためであつて、証拠資料を採取するための証拠調とは目的を異にする。――兼子、条解民訴一三三―一三六頁）。然るに非訟事件説によれば境界確定の訴において当事者は敢て自ら正当とする境界線を具体的に指示する必要があるとせられることは既に前叙のとおりである。従つてこの場合当事者として何等の証拠の申出もせず、又なし得ないといふことも十分想定し得る。一体裁判所としては如何なる法規に基いて如何に対処すべきこととなるのであろうか」と（宮崎前掲五頁）。なるほどこれはもつともな懸念ではあるが、元来非訟事件たる境界確定事件を訴訟事件としたのは、当事者間に境界確定につき利害がはつきりと対立するため民事訴訟におけるような対立的地位を当事者にあたえることが適切であるという点に基因する。当事者は具体的に衡平の原則に従い形成さるべき境界線を主張してもよいし、あるいは必ずしも指示する必要もないが、訴訟の過程において何が衡平な境界線であるかについて攻撃防禦の方法をつくす責任が生じるので、かような懸念も現実にはそう大きなものではないのではないらうか。

以上に述べたごとく、私は境界確定の訴を形式的形成訴訟と解する。しかし本訴訟をもつて *actio duplex* であるとすることを必要はない（兼子判例民事訴訟法八〇頁は）、被告が積極的に境界確定を求めたために（*actio duplex* として）は、境界確定の訴における原告の請求が衡平

の原則による妥当な境界線の設定を内容とするからで、本訴が *actio duplex* なるがために被告の境界確定請求が既に存するためではない。またわが国の先例では、境界確定の訴の法的性質につき見解の一致がなかつたことにもよるが、その把握に所有権確認の要素が混入する場合が多く、境界確定訴訟という名目で実は係争地の所有権確認の訴であることが多い。そのため純然たる形式的形成訴訟としての境界確定訴訟というものはあつても稀であつたといつてよい。本判決の場合も境界確定の訴という名称を使いながら実は原告・被告双方が主張する境界線にかこまれた土地の所有権の確認請求という感が強い。かかる場合訴の名目は境界確定の訴でも、實質は係争地の所有権確認請求を主たる請求とし、境界確定請求がこれに予備的に併合されているとみるべきではなからうか。ちなみに請求が単に係争地の所有権確認のみを求める趣旨か、あわせて相隣地との境界確定をも求める趣旨か明らかではない場合、釈明権行使しないで単純な所有権確認の訴として請求を棄却するのは違法であるとする判例がある(大審昭和二年二月二日)。

二、しかし本訴請求が純然たる境界確定の請求であるとするならば、原審判決主文は右請求に対するものであるから、甲・乙両山林の所有権の帰属を主文中に表示することは必要がないことである。

主文中における相隣地双方の帰属主体の表示が、当該相隣地双方を表示するための単なる手段であるならば、右判決主文により両山林の帰属主体が確定されているわけではないから問題はない。共有者のうちHが排除されて表示されるか否かにより乙山林が丙山林にな

るわけではないから、これを以て判決に理由不備・理由その違法があるということとはできない。この意味で本件判決に賛成である。しかし、仮りに本件原審判決主文における帰属主体の表示が帰属主体を確定しているとするならば(本訴を純然たる境界確定訴訟とみて、申立てざる事項につき裁判がなされたという違法が原判決につき存することになる(八六条))。主文の解釈の問題になるが、本訴が境界確定訴訟である点から前者のごとく理解する方が適切であるように思う。

三、当事者適格についてみよう。共有地に関する境界確定の訴においては共有者全員が当事者とならなければならないが(昭和三六年五高判下級民集一二)、本件の場合原審判決は理由中の判断でHをも含む一一名全員が共有者であることを判断しており、主文中におけるHを除く乙山林共有者という表示は単なる乙山林表示の手段に過ぎないから、原審判決主文にもかかわらず原判決に当事者の適格を誤つた違法はないといわねばならない。

以上の次第で判旨に賛成する。

(石川 明)

昭三七二六(最高民集一六卷一
一〇二二九三頁)

約手裏書破産者の受戻金支払と否認權

弁済行為否認金員返還請求事件(昭三七・一一・二〇第三小法廷判決)

A株式会社は昭和二九年六月二八日支払を停止、同年七月二三日の

申立に基づき、昭和三〇年六月一日破産の宣告を受け、Xが破産管財人に選任されたが、A社はかねて一二通の手形により手形割引の方法でY銀行から融資を受けてきた債務につき右支払停止の日に弁済を了していた。A社は約手の裏書人であつて、一二通中、一通は支払をしてこれを受戻し、他は満期未到来のままこれを買戻したもののようである。A社破産管財人X（原告）が右支払および買戻を否認しY銀行（被告）から支払代金および買戻代金の合計額と遅延損害金を求めようとするのが本訴であつて、Xは、手形の支払や買戻を否認するのではなく、手形割引の方法で融資を受けた債務、すなわち消費貸借上の債務の弁済を否認する趣旨であることを、強調していた。控訴審は専ら事案を手形の関係として考察、且つ、Aの右支払について破七三Iの適用、右買戻についても同条同項の類推を考へべきものとし、Xを勝訴させた一審判決を変更して逆にYを勝訴させたので、Xから上告、消費貸借の点について判断を遺脱している違法と、破七三Iの解釈の誤つてゐることを主張したところ、この上告論旨が全面的に容れられたのであつた。最高裁、曰く、「所論手形割引の方法によつて破産会社が被告銀行より融資を受けた債務、すなわち右割引の都度成立せしめた金員消費貸借上の債務についてなした破産会社の被告銀行に対する所論弁済行為を以て、上告人が本件否認権の対象として主張していることは、記録ならびに原判決の事実摘示（第一審判決引用）に照し明瞭であるところ、原判決が上告人の主張する右消費貸借の成否ならびにその債務の弁済行為の存否について認定判断することなく、前示割引にかかる手形につきなした破産会社の買戻行為ないしいわゆる支払行為が否認権の対象とならぬことのみを論考し、よつて上告人の本訴請求の理由ないことを結論していることは、論旨第一点指摘のとおりであつて、原判決は、正に判決に影響を及ぼすべき事項につき判断を逸脱するものといふべきである。また、原判決は、右論

判例研究

考にあたり、第三者振出にかかる約束手形の割引人が割引依頼人から原判決にいう手形の支払を受け、あるいは満期前に割引依頼人の買戻要求に応じ手形を売り戻し、その手形が振出人に返還された場合には、もし後に右が否認されるとすれば、割引人はもはや振出人に対して権利を行使する方法はないことになるから、このような場合に破産法七三条一項の適用ないし類推適用により割引人を保護すべく、右支払ないし手形買戻行為の否認を許すべきでない」と説示するが、同法七三条一項は、破産者から手形の支払を受けた者がその支払なかりせば前者に対する遡求権行使のための法定手続を履践しおいたたであらうことを考慮する制度であり、同条項にいう「債務者ノ一人又ハ数人ニ対スル手形上ノ権利」とは、前者に対する遡求権を指し、「手形ノ支払」とは、約束手形にあつては振出人の支払を指すにはかならないから、本件のように振出人でない破産会社が原判示のいわゆる支払ないし手形買戻をした場合には、同条項を適用ないし類推適用する余地は全くないといふべきであつて、原判決の同条項適用の誤りを指摘する論旨第二点も理由がある」と。

——破棄差戻。

破産法七三条一項が手形の支払につき否認権を排除しているのは、「破産者から手形の支払を受けた者がその支払なかりせば前者に対する遡求権行使のための法定手続を履践しおいたたであらうことを考慮する制度であり」従つて、「同条項にいう「債務者ノ一人又ハ数人ニ対スル手形上ノ権利」とは、前者に対する遡求権を指し、「手形ノ支払」とは、約束手形にあつては振出人（為替手形にあつては引受人）の支払を指すにはかならないから、「約手の裏書人や為手の振出人・裏書人の支払がこれに該当しないこと、まさに判旨の説く通りであつて（中田、破産法和議法、全集一六四頁、大隅、本件Yは、

Aの支払が否認されても振出人に対し（手形の所持なくして）手形の支払を求めようと解せられるから、特にこれを保護すべき必要もない。すべて、これらの点は、大隅教授の本件判批（前）に詳細であつて、本件の場合に破七三Iの適用ないし類推適用を認める原審の見解は、判旨の指摘する通り、不当であると言わなければならぬ。

だが、破七三Iの適用の有無を考へることは、同七二の適用があることを前提とするであろう。はじめから七二に該当しない行為について、七三Iによりその適用除外を考へることはできない。果して、本件一二通の手形に関連する行為のうち、一通にかかわる支払・受戻の行為は、当然七二の枠内にあるものであろうか。それは、事によつたら、危機期間前の本旨弁済に過ぎないのではあるまいか。しかし、判例集から正確な事実関係を確定することができないし、事は七三Iの適用なきことが確定してから登場の可能性ある問題ともいえるから、ここでは不問に付すことにする。

また、七二条適用の關係で、手形上の債務と消費貸借上の債務とは區別されていない。そのいずれであるにもせよ、七二の要件に該当すれば債務の履行が否認せられえ、該当しなければ債務の履行が否認せられえないのであつて、手形上の債務の履行が七二の要件に該当して否認せられうべき場合について七三Iの否認権排除が加わるにすぎない。とすると、消費貸借上の債務と手形上の債務とが同じ目的のために併存する場合に、その一方の履行が否認せられえ、他方が否認せられえないということが、ありうるであらうか。ありうると思へば訴訟物についての新説的発想に矛盾するといふのでは

なく（新説的発想には同調できない）、否認権に基づく訴で否認権の行使は単なる攻撃方法にすぎないからといふのでもない（否認原因の何かによるな）。もし一方が否認でき、他方が否認できないなら、互に否認でき否認できないというそれぞれの意味が失われるであらうからである。手形の支払ないし買戻につき否認権を否定した原審が、消費貸借上の債務を認め、これが弁済としては否認権を肯定するということが、果して考へられることなのであろうか。「同手形の破産会社による支払はこの貸借上の債務の弁済になるとしてその支払を否認する旨の被控訴人の主張は、進んで他の判断を加えるまでもなく理由のないものといわなければならぬ」と原審判決がいうのは、この趣旨を察せしめるものであつて、原審が消費貸借を顧慮しなかつたと非難し、且つこの点を判決に影響を及ぼす事項と評価する判旨の前半には、疑問が持たれる。けれども、判旨は、手形という外形、従つて破七三に目を奪われず、融資という実質、従つて破七二の否認権本来の趣旨を大局的に察すべしとの警告の趣旨とも善解でき、旁々、後半だけでも破棄には十分であるから、この点もまた不問に付しておきたい。

約手裏書破産者の手形支払ないし買戻に破七三Iの適用なしとする本件判旨に賛成である。

（伊東 乾）