

Title	境界確定訴訟について
Sub Title	Die Grenzscheidungsklage
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.12 (1999. 12) ,p.15- 52
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	新田敏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991228-0015

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.

境界確定訴訟について

坂
原
正
夫

境界確定訴訟について

- 一 はじめに
 - 1 新田教授からの示唆
 - 2 問題の限定と本稿の構成
- 二 地番境界と所有権境界の関係について
 - 1 地番境界説の問題点
 - 2 所有権境界説の問題点
 - 3 複合説の問題点
 - 4 新たな見解の模索
- 三 訴訟と非訟の混交について
 - 1 形式的形成訴訟の問題点
 - 2 民法二四八条の類推説の問題点
 - 3 段階的構造説の提唱
- 四 段階的構造説の展開
 - 1 段階的構造説の素描
 - 2 他説との異同

3 私見の具体的な展開
五 おわりに

一 はじめに

1 新田教授からの示唆

新田敏教授の輝かしい業績の一つに、共有についての研究がある。教授は共有物分割の訴訟の法的性質について、「共有物の裁判上の分割と機能と効果」という論文の中で、次のように述べている（法学研究七〇巻一二号四一頁、一九九七年）。

「これまで論じてきたところから、共有物分割訴訟の法的性質についても、再検討が迫られている。この訴訟が、伝統的にいわゆる形式的形成訴訟とされてきたのは、民法二五八条二項が、現物分割を原則とし、それが不能の場合には、競売による代金分割によるべきことを定め、その何れによっても分割の基準は、持分割合によることになる。したがって裁判官の判断の選択範囲は、著しく限定されており、かつ分割により実質上共有関係は全面的に解消されることになる。しかしながら、本節の2で論じたように、価格賠償や過不足調整のための債権関係の形成、あるいは、分割後の新しい共有関係の形成・存続をもたらす多様で弾力的分割は、民法二五八条の目的とする分割と同時に、共有物分割請求訴訟の名のもとに、分割以外の新たな法律関係を形成する結果となった。しかも分離・脱退後の共有関係については、決して既存の共有関係がそのまま存続するわけではなく、主体を異にする新たな共有の成立と見るべきものである。したがって、ここでは実質的には二つの性質を異にする法律関係（複合的法律関係）が、訴訟の対象とされていると言わなければならない。そうであれば、後者の訴訟までも大幅な自由裁量が認められる形式的形成訴訟ということで、判決

が適法とされてよいのか、疑問の残るところである。この複合的訴訟という点からも、上級審の介入できる範囲を広くとる必要があるのではなからうか。」

境界確定訴訟と共有物分割訴訟の訴訟類型は、一般に両者とも形式的形成訴訟として理解されており、両者の間に親近性があるから、境界確定訴訟の訴訟類型を考える場合に、右の教授の記述はいくつかの重要な示唆を与えるものである。⁽¹⁾ 右に引用した箇所の中で注目したのは、次の三つの記述（命題）である。

第一は、「……多様で弾力的分割は、民法二五八条の目的とする分割と同時に、共有物分割請求訴訟の名のもとに、分割以外の新たな法律関係を形成する結果となった」という箇所である。訴訟類型論や法的性質論が一度形成されると、単にそれを根拠にその形式的な適用として、個々の内容の当否を考えることなく問題が解決されていく姿を指摘しているように思う。訴訟類型論や法的性質論を錦の御旗にすることの問題点を認識するとともに、これらの理論の効用や限界を見極める必要があるように思う。

第二は、「……ここでは実質的には二つの性質を異にする法律関係（複合的法律関係）が、訴訟の対象とされていると言わなければならない」という箇所である。境界確定訴訟については確かに問題状況は異なるが、訴訟の対象をどのように考えるかという点では厳しい見解の対立がある。すなわち公簿上の地番と地番の境界線（いわゆる筆界。以下本稿では「地番境界」と表示する）か、私的所有権の境界（所有権の範囲。以下本稿では「所有権境界」と表示する）かという議論である。問題は両者の関係であり、単にどちらかを選択すれば済むことではない。例えば、判例・通説の形式的形成訴訟説は、この訴訟の対象は地番境界であるとして所有権との関係を切断するが、当事者適格の場面では当事者は境界を接する所有権者でなければならぬと説いて、地番境界が確定すれば事実上、当事者の所有権をめぐる紛争も解決すると考えている。つまり判例・通説は訴訟物のレベルでは所有権を切

断したが、すべての場面で完全に所有権との関係を断ち切っていない。これは境界が地番境界と所有権境界という二つの意味を有していることに由来するからであろう。境界がこのような二つの意味を有しているならば、そのまま訴訟に反映させるような二元的な訴訟物構成は無理なのであるか。新田教授の右の言葉は、そのような問題状況に対して訴訟の実体に目を向け、何が対象になっているのかを考えるべきであるということを示唆しているように思う。また境界確定訴訟では、複合的に訴訟構造を考えることを促しているようにも理解することができる。

第三は、「後者〔新たに形成された法律関係について〕の訴訟までも大幅な自由裁量が認められる形式的形成訴訟ということ、判決が適法とされてよいのか、疑問の残るところである」(一)は筆者の加筆)という箇所である。ここでの趣旨は複合的法律関係について一方の関係だけで考察してよいのかという問題提起であり、第二として述べたことに対する解決方法を示唆するものである。すなわち複合的考察の必要を説いたものであるが、この言葉を境界確定訴訟に当てはめてみると、形式的形成訴訟という名のもとで、境界確定訴訟が訴訟法の規律を離れてしまう点の問題を指摘しているように思う。形式的形成訴訟と言えば、魔法の呪文のようにたちまち非訟的な処理が肯定されるという姿勢に反省を迫るものである。

このような示唆から、境界確定訴訟について論ずべき点を右の順序に従いまとめてみると、次のような問題が浮かび上がってくる。第一は法的性質論の意味を問うことである。第二は境界確定訴訟の対象について、地番境界と所有権境界の両方を視野に入れた理論の可能性の探求である。第三は通説の形式的形成訴訟説の意味を問う、その限界を画定することである。換言すれば、境界確定訴訟における非訟と訴訟の役割分担とその領域設定についての問題である。なおこの点について若干付言すると、形式的形成訴訟の本質は非訟手続であり、自由裁量が認

められていないにしても、形式的には訴訟であるから、非訟の部分と訴訟の部分の境界や分担が明らかにされなければならぬと思う。この点が不明瞭であるならば、裁判所としては具体的な訴訟の運営の指針が決まらないし、当事者にしてもどのような訴訟活動をすればよいのか分からないことになるからである。この点は形式的形成訴訟に反対して所有権境界確定訴訟を説いたとしても、事情は同じである。裁判所は当事者の申し立てた境界線に拘束されないとか、請求棄却判決は許されないとか、証明責任はないとかという場面を多少とも認めるようなことがあれば、その領域をどのように限界づけるかが問題になる。

2 問題の限定と本稿の構成

本稿は右の論点を通して境界確定訴訟の法的性質について考察するものであるが、第一の法的性質論の効用の問題については、左記のハーブシャイト教授の言葉を確認することにとどめ、ここでは詳論しない。ともすれば忘れてしまう法的性質論の議論の出発点に立ち返って考察することに意味があると思うからである。そこで本稿では第二と第三の問題を論じることとする。先ず第二の問題については、地番境界か所有権境界かというような択一的に考える説（二の1・2）と、両者を視野に入れた複合説（二の3）のそれぞれの問題点を考え、それらを克服するための理論を模索する（二の4）。第三の問題は裁判所の裁量権の範囲とその根拠を問うものであるが、これも非訟か訴訟か、形式的形成訴訟説か所有権境界確定訴訟説かというような択一的な解答ではなくて、その両者を肯定してその分担を手続的にどのように表していくのかを考えてみたい（三）。具体的には、従来の主要学説である形式的形成訴訟説（三の1）や所有権境界確定訴訟説が説く民訴法二四八条の類推説（三の2）を検討し、その問題点を考える。そして新たに二元的な段階構造的造説を提唱して（三の4）、この新たな訴訟形

態についての検証と試論を展開する(四)。なお第二の問題と第三の問題との関係についても注目する必要がある。地番境界であるから裁判所の裁量が許されるという議論があるからである。第二の問題と第三の問題は最終的には統合的に考察する。(三)の3、4) さてハーブシャイト教授は、法律学の使命を次のように述べている。⁽²⁾

「学問の使命は法を体系的に把握すること、諸制度の中で考えること、定義を行うことである。そしてそのような方法によって、個々の事件が妥当に平衡に判断されることと、個々の判断が予め予測できるように、尽力することである。」

正にこれは法的性質論に求められていることである。法的性質論は単なる現象の説明であってはならない。それは個々の具体的な問題を解決するための妥当な基準を提供するものでなければならぬ。またその基準は同時に、衡平さを担保するために体系的に統一性を有していなければならない。一般に学説の対立状況が定着すると、ともすれば法的性質論の必要が説かれるが、ハーブシャイト教授の指摘した視点で問題の原点に立ち返ることが法律学の正道である。

(1) 境界確定訴訟と共有物分割訴訟との関係については、最近では等質性よりも異質性が注目されている。本稿は両者を比較するものでもなければ、共有物分割訴訟の法的性質を論じるものでもない。両者の親近性については議論しない。両者の関係の異質性について言及している最近の論文としては、奈良次郎『形式的形成訴訟』の特色についての考察「判例タイムズ九〇八号二頁以下(一九九六年)、山本和彦「境界確定訴訟」判例タイムズ九八九号九八頁(一九九九年)等がある。

(2) Habscheid, Das Bundesgericht und die Lehre vom Streitgegenstand im Ehescheidungsprozess, Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, 1986, S. 95.

二 地番境界と所有権境界の関係について

境界確定訴訟については既に多くの論考が発表されていて、議論は多岐にわたり、詳細に論じられている。法的性質論についての最近の状況を概観しても、依然としてそれぞれの学説は問題を有しており、判例・通説が確立しているとはいえず、判例・通説の形式的形成訴訟説は反対説である所有権境界確定訴訟説を駆逐することはできず、両者は厳しく対峙している状態にある。⁽³⁾ そのような状況ではあるが、ここでは先ず境界確定訴訟の対象の問題に焦点を当て、それぞれの学説の問題点を考え、⁽⁴⁾ 新たな学説の可能性を探求してみよう。

1 地番境界説の問題点

地番境界説は判例・通説である形式的形成訴訟説が説く学説である。⁽⁵⁾ 形式的形成訴訟説は、地番境界説である理由を次のように説いている。境界確定訴訟においては、裁判所は原告の主張する境界線が真偽不明の場合に、請求棄却判決を下してはいけない。請求棄却では境界線が未来永劫、不明のままになってしまふからである。請求棄却判決をしないから、証明責任は生じない。請求棄却を回避するためには、裁判所は自由な裁量によつて境界線を引かねばならないが、そのためには当事者の申し立てた境界線やそのために主張された事実拘束されない。このように処分権主義や弁論主義が制限されるのは、この訴訟の本質が非訟事件であるからである。⁽⁶⁾ そして非訟事件であるのは、地番境界という公の事柄を扱うからである。しかし、そうであるからといって、この説は所有権境界確定訴訟の面を完全に否定しているものでもない。すなわち訴訟の実態は相隣者の所有権をめぐる紛

争であり、通常の民事訴訟と変わりがないから、当事者の手続保障が必要であると認識している。したがって当事者適格の点で所有権を持ち出し、当事者は隣接する土地の所有権者でなければならぬと説いている。⁽⁷⁾

この説の問題点は通説の形式的形成訴訟説の問題点でもあるが、所有権との関係を切断する点である。この訴訟で確定されるのは所有権ではないと説くが、当事者は自己の費用で、自己の所有権の範囲をめぐって争っているのであり、自己の利害とは関係なく公のために訴訟しているわけではない。地番境界といっても実質は所有権境界である。また所有権の範囲を確定しない限り真の紛争は解決しないから、当事者は最終決着をつけるためには別に所有権についての訴訟が必要になる。さらにこの説は既述のように当事者適格の場面で正当な当事者として所有権者を要求するが、それは所有権との関係を切断していることとの論理的整合性がない。⁽⁸⁾

2 所有権境界説の問題点

地番境界説が境界確定訴訟と所有権との関係を切断するのに対して、この学説は境界確定訴訟で確定するのは所有権の境界であると説く。したがって一般には所有権境界確定訴訟と言われることが多い。論者によってその構成や内容が微妙に異なるが、通常の民事訴訟を基本とすること、非訟的な面はこの訴訟の特殊性として把握する点に特色がある。⁽⁹⁾ この説は地番境界説の反対に位置すると理解することができるから、⁽¹⁰⁾ 地番境界説で問題とされた点は考える必要がないが、裁判所が所有権境界を裁量で定めることができることとこの説明が困難である。すなわち地番境界説は、地番境界という公の制度的利益を持ち出して裁判所の後見性を説明するが、所有権境界説では処分権主義や弁論主義が制約されることの説明が必ずしも明瞭ではない。私的な紛争であれば通常の民事訴訟法で処理すればよく、なぜ裁判所が介入することができるのかという素朴な疑問がある。これに対し

てこの訴訟の特殊性に由来すると答えるならば、たちどころにそれはこの訴訟の本質的なものであり、非訟ではないかと反論されるであろう。

また地番境界説では、地番境界の境界確定訴訟とは別に所有権の境界確定訴訟を考慮ことになるから、同一紛争について二度の訴訟が提起される可能性があるにしても、時効が問題になった場合と公簿上の境界が問題となった場合は区別して、それぞれ紛争に適した手続、すなわち訴訟と非訟を考えることができる。これに対して所有権境界説（所有権境界確定訴訟説）ではいずれの紛争も所有権の範囲と考えることになるから、非訟的な面が要求される場面と訴訟的な面が要求される場合との区別が問題になるであろう。そこでこの説によれば、例えば公簿上の境界が問題になる場合は証明責任は生じないが、時効取得が問題になった場合は、通常の民事訴訟と同じように証明責任を適用するという扱いによって処理することになろう。しかし、「理論的には可能であり、実務上も対処可能であろうが、どこか整然とせず釈然としないとの印象」（高橋・前掲注（4）八〇頁）は否定することはできない。民事訴訟の重要原則を明確な基準なしに区別して適用する姿勢は、ダブルスタンダードということではないだろうか。

3 複合説の問題点

それならば、地番の確定と所有権の確定が同時に行われるという説は問題がないであろうか。地番境界説と所有権境界説との融合を説く見解である。すなわち、この見解は地番境界の非訟的形成の請求を先決関係として、所有権の範囲確定を併合する特殊な複合訴訟であると説く¹⁾。この説によれば、境界が非訟的に確定し、さらに所有権も確定するというのであるから、既に述べたような問題点、例えば、所有権的性格を無視しているとか、反

対にそれを強調して公簿の地番の意味を軽視しているとか、あるいは非訟的性格が説明できないというような点は考える必要はなくなる。しかし、地番境界をもって所有権境界と一致するという場合はよいにしても、両者の範囲が一致しない場合の説明が困難になる。また常にこの二つが確定されなければならないのかという点も、問題になる。

そこで、両者をいわずば単純併合したような説がある。⁽¹²⁾ 単一の訴えて併合の訴えと同様な効果を認める点に特色があるし、境界が有している地番境界と所有権境界という複合的な性格をそのまま訴訟物に取り込んだと評することができる。時効取得が問題になった場合、地番境界と所有権境界が共に判断されると考えるので、地番境界と所有権境界とが不一致の場合にも対応できる点も特色になろう。しかし、この説に対しても、前説と同様に一方の境界のみの確定を求めることは許されるのかという疑問がある。この問題を積極的に考えるならば、一方の境界が確定された後に、他方の境界を求めて訴えが再度提起された場合の処理方法が問題になるであろう。消極的に解した場合は、当事者が求めている境界について裁判することの合理性が問われることになる。さらには目的や働くべき原理を異にした手続が、一体として運営されることの違和感も否定できない。

なおこの他に、非訟的な公的境界形成を前提ないし包含する確認訴訟とする説がある。⁽¹³⁾ この説は所有権境界説と考えるべきか、複合説と考えるべきか悩むところであるが、いずれにしても、この説によってもそれぞれの問題点を完全に克服しているとは言いがたく、それぞれの問題点を多少とも背負っているように思う。

4 新たな見解の模索

代表的な学説の内容と問題点を概観したが、⁽¹⁴⁾ それから分かることは、地番境界説は非訟的手続を根拠づけるの

に便利であるが、紛争の実態が所有権紛争であり、訴訟手続も必要とされる点の説明が困難であるといふことである。反対に、所有権境界説は訴訟手続を説明するのに便利であるが、非訟的な面を説明するのに苦慮しているといふことである。そこで両説を統合すれば地番境界と所有権境界の両方が確定されて問題は解決されるかといふと、必ずしもそうではない。確かにそれぞれの問題点を克服するかのように見えるが、手続の基軸が明瞭でなくなる点に問題がある。すなわち、手続運営や訴訟活動の指針を訴訟に求めるのか非訟に求めるのかが明らかでないし、仮に一方を手続の基軸にしたとしても、手続内部における他方との分担を決める基準も不明確である。結局のところ、手続運営や訴訟活動の指針を得るためには手続原則を得る必要がある、そのためには地番境界か所有権境界か、あるいはその手続は訴訟か非訟かについて、明確に決断する必要がある。

それではどのように決断したらよいであろうか。単に一方の立場を選択するならば、従来の説と同じであり、それらが有する問題点を引きずることになる。そこでここからが実に大胆な試論になるが、境界確定訴訟とは段階的な手続構造をしているものとして考えてみたい。すなわち最初の段階は所有権境界の確認訴訟であり、次の段階が地番境界の非訟手続であるという説である。奇想天外というより、従来の約束事をまったく無視した暴論であるとの批判は十分に予想される。しかし、かような認識は決して奇異なことではない。地番境界説でもある形式的形成訴訟を支持される奈良教授は、次のように述べている。ただし、教授はかような認識に立つが、分離して理解すべきではなく統一的に理解すべきことを力説している。

「境界の認定は、第一義的には後述の合理的な諸基準に基づいて、客観的に存在すべき真実の境界線を認定すべく、それでもつてこれを認定することができないときに始めて境界線を創設的に確定し判断すべきことになる。この前者、後者の境界線の判定ないし確定手続の性質は統一的に形式的形成訴訟として理解すべく、前者を確認、後者を形成とい

うように分離的に解すべきものではない、と解したい」(奈良・前掲注(5)判例評論三三八号五頁注5)。

地番境界と所有権境界の二つの境界訴訟を認める山本助教も、同様な主張を展開していることは興味深いことである。山本助教は次のように述べて、「結論としては、やはり分離せず一個の確認訴訟と解するのを相当と考える」として、分離か統一かという点では奈良教授の見解に賛成している(前掲注(1)九八頁注17)。

「筆界確定では、やはり第一次的には筆界が実際にどこにあるのかを審理するのであり、審理を尽くしてもなおそれが不明の場合に初めてやむをえず裁判所が裁量で線を引くものと解される。その意味では、確認訴訟と形成訴訟の結合体と見るのが最も素直である。存在する筆界を示す資料も裁量判断の材料にすぎないと割り切ることも不可能とは言えないが、(実際にはないとしても)境界が従来から明白であったときなどまで、形成的に理解することは裁判所の裁量を広げ過ぎるように思われる。どちらかと言えば、確認の性質を重視して、判定困難場合に裁判所が一種の裁量で筆界を確認することを認めた特殊な確認訴訟という位置付けが当面相当であろうか(この点においては、所有権範囲確定訴訟も同様である。……)」(山本・前掲注(1)九八頁)。

つまり、本稿は両氏によつて否定された、この分離して境界確定訴訟を考えることの可能性を探求しようというものである。特に理由もなく否定されていることから、このような考えは民事訴訟の根幹に抵触する大きな欠陥を有することが推察される。しかし、分離した二つの訴訟が結合していると考える最大のメリットは、手続原則が明確になることである。すなわち、両者の区分が明快であり、現在進行している手続は確認訴訟手続なのか、あるいは非訟手続なのかは一目瞭然である。これによつて訴訟指揮や訴訟活動の指針が容易に得られる点は無視できないものがある。そこで、このような考え方を以下では分離論と名づけ、分離論が学説として成立するかを考えてみたい。

そこで問題になるのは、分離論が説くような手続原則の明確さは従来の学説では得られないものかということである。従来の学説においてもそのようなことが可能であれば、わざわざ危険な分離論を説くことは全く必要ないからである。従来の学説による反論も十分予想される。例えば地番境界説の形式的形成訴訟説は、この訴訟の本質は非訟であるとしながら、当事者の手続保障の観点から訴訟手続を利用しているが、非訟の場面は真偽不明が生じる最終局面であり、訴訟と非訟の分離は明快であると思われ。これに対して所有権境界確定訴訟説によれば、民法二四八条を根拠に訴訟手続内において非訟的処理は可能であるし、その場合の手続区分も明快であると説くであろう。そこで次にこれらの見解の当否を検証し、分離論の可能性を探求してみよう。

なお以下では分離論の可能性を探求するが、それは従来このような見解は主張されていないし、また試みがない⁽¹⁵⁾されていないと思うからである。もつとも境界確定訴訟に関する膨大な資料をすべて完全に調べたわけではないので、参照すべき文献の見落としがあるかもしれない。あるいは先行の学説を無視したようなことがあるかもしれない。この場合はご海容していただくしかないが、ただ分離論を批判した奈良教授も山本助教も分離論についての記述は前述の箇所だけである。

(3) 今日の判例・学説の状況について概観するものとしては、山本・前掲注(1)九四頁以下のほかに、林伸太郎「境界確定訴訟の特質」青山善充ほか編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』一五四頁以下(一九九八年)、玉城勲「境界確定の訴え」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例I〔新法補正版〕』一五八頁以下(一九九八年)等がある。なお『争点』の二版は約一〇年前に公刊されたものであるが、そこで述べられている状況と大きな変化は見られない(玉城勲「境界確定訴訟の特質」三ヶ月章ほか編『民事訴訟法の争点〔新版〕』一九六頁以下、一九八八年)。

(4) 以下に述べる学説の主張者、内容、問題点等は一般によく知られていることなので、記述の根拠になった文献の引用は省略する。まとめるに際して利用した文献は前注(3)に挙げたものであるが、このほかに伊藤瑩子「境界確

定訴訟に関する判例・学説」最高裁判所事務総局編『境界確定訴訟に関する執務資料』六四九頁以下（法曹会、一九八〇年）、高橋宏志「重点講義民事訴訟法」七五頁以下（有斐閣、一九九七年）、新堂幸司ほか編『注釈民事訴訟法』⑤一四頁以下（中野貞一郎）（有斐閣、一九九八年）も参照した。

(5) 形式的形成訴訟説を説く文献は通説であることもあって、非常に多い。ここでは特に参考にした文献のみを挙げる。奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」鈴木忠一ほか監修『実務民事訴訟講座四卷』一七九頁以下（日本評論社、一九六九年）、畑郁夫「境界確定訴訟」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』二〇四頁以下（有斐閣、一九八八年、初出は一九八三年）、奈良次郎「境界紛争に関する若干の考察（上）（中）（下）」判例評論三三八号二頁以下、三三九号二頁以下、三四〇号二頁以下（一九八七年）。形式的形成訴訟説の文献の詳細は畑・二一六頁注6、奈良・判評三三八号四頁注2等に譲る。

(6) 境界確定訴訟において地番境界を持ち出す意味について、高橋教授は「所有権を表に出した議論よりも、公簿上の境界線（筆界）」というオブラートを用いる議論の方が、感覚的には、証明責任不適用をなめらかに受け入れる効用がありそうである」と述べている（前掲注（4）八三頁注30）。

(7) この点について形式的形成訴訟説からは、所有者が最も利害関係を有する者であるから、当事者適格を付与されるのの一番適しているとの説明がなされている（奥村・前掲注（5）一九〇頁以下、畑・前掲注（5）二一九頁等）。

(8) この点については、「形式的形成訴訟説は実態から遊離している」との非難に対する防波堤になるという反論がなされている（畑郁夫「判批」民商法雑誌九一卷二号一〇四頁、一九八四年、同・前掲注（5）二一九頁）。

(9) 私的境界確定訴訟説と言われることもある。例えば、次のような論考がある。花田政道「土地境界確定訴訟の機能」西村宏一その他編『不動産大系第六卷』一一六頁以下（青林書院、一九七〇年）、宮川種一郎「境界確定訴訟の再評価」判例タイムズ二七〇号四九頁以下（一九七二年）、同「境界確定手続の純化について」吉川博士追悼論集『手続法の理論と実践』九三頁以下（法律文化社、一九八〇年）、飯塚重男「境界確定訴訟」三ヶ月章その他編『新版・民事訴訟法演習1』一一〇頁以下（有斐閣、一九八三年）等。

なお鈴木重勝「不利益変更の禁止」林屋礼二ほか編『民事訴訟法ゼミナール』三五七頁以下（有斐閣、一九八五年）

は、所有権境界の非訟的形成について、原告の申立ての範囲に拘束されると説く。また新堂幸司『新民事訴訟法』一八二頁以下（弘文堂、一九九八年）は、通常の所有権確認訴訟で証明責任が緩和される点に特殊性があると説く。また石川明「境界確定訴訟をめぐる若干の問題点―最高裁平成七年三月七日第三小法廷判決をめぐって」判例タイムズ九二五号四頁以下（一九九七年）は、地番境界と所有権境界との関係について、後者は前者の反射的效果と説くが（四七頁）、形式的形成訴訟説である。しかし、「境界は公的要素もあるものの、むしろ私的利益に関係するものである」（五〇頁）と説いて、所有権構成に力点を置いているように思う。もっとも石川説は地番境界と所有権境界との関係を完全に切断していませんと考えられるので、地番境界説や所有権境界説ではなく、複合説に位置づけるのがよいのかもしれない。

ところで境界確定訴訟について近年一連の研究をされたのは、林伸太郎教授と玉城勲教授であるが、ともに所有権の境界確定を説いている点は注目すべきであろう。林教授の論考としては、「境界確定訴訟に関する一考察（一）」（三・完）「法学四八巻三号六五頁以下、同四号七七頁以下（一九八四年）、四九巻二号一三九頁以下（一九八五年）」、「境界確定訴訟の再生・序説―その性質論および和解について―」東北学院大学論集法律学四六号九三頁以下（一九九五年）、「境界確定訴訟の再生のために」民事訴訟雑誌四二号二六一頁以下（一九九六年）等がある。玉城教授の論考としては、「境界確定訴訟について」民事訴訟雑誌三四号一七四頁以下（一九八八年）、「境界確定訴訟の対象たる境界とは何か（一）」（四・完）「琉大法学四五号一〇三頁以下（一九九〇年）、四六号一頁以下（一九九一年）、四七号一頁以下（一九九一年）、四八号一五二頁以下（一九九二年）」、「境界確定訴訟において原告の主張する境界線を越えて境界を確定することができるか―戦前の学説と判例―」法政論集一四七号四三頁以下（一九九三年）、「境界確定訴訟において原告の主張する境界線を越えて境界を確定することができるか―戦後の学説と判例、論点の整理―」琉大法学五一号二七頁以下（一九九三年）がある。

(10) 畑・前掲注(5)二一七頁注15は、本説を私的境界確定訴訟説と表現し、形式的形成訴訟説を公的境界確定訴訟説と表現した方が適切かもしれないと述べている。両説とも境界確定訴訟は形式的形成訴訟と考え、ただ訴訟の対象を異にするにすぎないと考えるからである。

- (11) 小室直人「境界確定訴訟の再検討」『訴訟物と既判力』民事訴訟法論集上巻二二頁以下（信山社、一九九九年、初出は一九六五年）。なおこの論文は一般に中村宗雄先生古稀記念『民事訴訟の理論』一一五頁以下（敬文堂、一九六五年）として引用される。
- (12) 林屋礼二「判批」判例評論三一七号四九頁以下（一九八五年）。
- (13) 田中恒朗「土地所有権確認訴訟の性質―境界確定の訴との対比において―」東海法学一号八九頁以下（一九八七年）。
- (14) 本稿で取り上げた学説の他に、境界線確定説、境界権確定説、形成訴訟説等が一般に紹介されている。例えば畑・前掲注（5）二二二頁、田中・前掲注（13）九五頁等。しかし、これらの諸説は今日では少数説なので本稿では特に論じないが、訴訟を基本と考えるから、所有権境界説に対して指摘した問題点がそのまま当てはまる。
- (15) 文献目録としては最高裁判所事務総局編『境界確定訴訟に関する執務資料』七〇九頁以下（法曹会、一九八〇年）の「境界確定訴訟事件に関する裁判例の解説・評釈」『境界確定訴訟関係文献』等が有名である。奈良教授は、「いかに多数の研究ないし論文があるかが分かつろう」と述べている（前掲注（1）八頁注1）。教授は続けて、「その後にも研究ないし論文がある」と述べているが、執務資料に掲載されている文献が昭和四四年（一九七九年）頃までのことと、その後も多くの文献が発表されていることを考えると、教授の言葉に「多数の」と付言すべきかもしれない。

三 訴訟と非訟の混交について

境界確定訴訟においては非訟手続と訴訟手続とが混在している。これがこの訴訟の特質の一つでもあるが、この特質をどのように説明して正当化するかが、法的性質論の重要なテーマの一つでもある。ここでは境界確定訴訟の法的性質論について、代表的な学説である形式的形成訴訟説と所有権境界確定訴訟説が主張する民訴法二四

八条類推説を取り上げ、これらの説がこの問題についてどのように考えているのかを概観し、それぞれの説の問題点を考えてみよう。⁽¹⁶⁾そしてそれぞれの説の混交の正当化の根拠を検討して、混交をそのまま受け入れるのか、それとも分離して整理する必要があるのかということを考えてみたい。

1 形式的形成訴訟の問題点

この説は境界確定訴訟について、本質は非訟事件であるが、当事者の手続保障のために訴訟の形式を使用していると説いているから、非訟手続と訴訟手続の混交は何らの疑問なしに肯定する。その説明は巧妙であり、妥当する結論を一点の曇りなく説明していると評することができる。しかし、説明がうまければうまいほど、疑問が生じてくる。それはこの説の有する意味であり、実益である。この訴訟が非訟的な面と訴訟的な面を有しているとの説明ができて、これだけで解釈論、立法論をリードすることができるのかということである。⁽¹⁷⁾訴訟と非訟が同一手続で共存すること自体が問題であるかもしれないが、それを両方の性格を兼ね備えた異訟手続として肯定したとしても、両者の分担をどのような原理でどのように区別するかを明らかにする必要があるように思う。

例えば、「原告は境界線を主張しなければならないのか。裁判所は当事者の主張に全く拘束されることなく、自由⁽¹⁸⁾に審理を進めることができるのか」という最も基本的な問題について、理論的にどのように答えることになるのであるか。非訟事件であるから理論的には原告は自らの境界線を主張する必要はないし、裁判所も自由に審理を進められるという答えが考えられるが、それならば、当事者は何もしなくとも裁判所が後見的に適切な裁判をしてくれるということになる。あるいは反対に、原告は自らの境界線を主張する必要があり、裁判所も自由に審理を進められるわけではないというのであれば、その根拠が問題になるし、そのような態度が最後まで貫け

るのかは疑問である。確かに多くの場合、このような問題を意識することなく、裁判所は当事者に先ず各自が考える境界線を主張させて審理を始め、最後になつてもそれぞれの主張に確信が持てない場合には、それぞれの主張に拘束されることなく裁量で境界線を引くことでバランスを保っているから、かような問題は生じない。しかし、そもそもこのような処理方法の妥当性の説明は、この訴訟が形式的形成訴訟であるという以上にはなされていまいように思う。それならば形式的形成訴訟という概念は、このような問題意識に対して満足すべき解答を用意できるのであろうか。形式的形成訴訟という概念は、そもそも境界確定訴訟の妥当する現象を説明するために創出されたもので、訴訟手続と非訟手続の混在を説明するにすぎないのではないかと思う⁽¹⁸⁾。とはいえ、従来このような訴訟現象がないだけに形式的形成訴訟という説明は説得力があり、そうであるからこそ多くの共感を得たのであろう⁽¹⁹⁾。しかしながら、形式的形成訴訟とは非訟と訴訟のいずれに基盤を置くことになるのか、またそれぞれの分担はどのようなものなのかということについては、形式的形成訴訟説からは見えてこない⁽²⁰⁾。

2 民訴法二四八条の類推説の問題点

境界確定訴訟を所有権境界確定訴訟と考える説は、訴訟手続と非訟手続の混交について民訴法二四八条の類推によって正当化する。換言すれば、境界確定訴訟において真偽不明による請求棄却をしないという証明責任の特殊性は、この訴訟の特有の問題でないことを強調する。民訴法二四八条の裁判所の裁量的な処理と境界確定訴訟の非訟的な処理とが類似している点に着目して、訴訟手続においても非訟的な処理が認められているから、境界確定訴訟を一般の訴訟と同じように考えて、何ら問題はないと説く⁽²¹⁾。確かに類似点が少なくないし、証明責任について裁量的な処理という点では現象的には両者は同じように見える。しかし、類似性があるにしても、民

訴法二四八条自体が異質な規定であり、慎重な適用が求められることは言うまでもない⁽²²⁾。この規定は証明責任の原則を修正するものであるから当然であるが、そうであるならば安易に類推適用することは問題である。そもそも規定の要件は限定的であり、法文の文言に関係なく類推適用を認めることは、この規定が際限なく拡張される可能性を容認することになり、立法趣旨に反する。あえて言えば、境界確定訴訟について民訴法二四八条のような規定がないことは、法は消極的に考えているからとも考えられる。

民訴法二四八条類推説の一番の問題は、境界確定訴訟との違いをどのように考えるかである。境界確定訴訟と民訴法二四八条が適用される訴訟との間に異質性も存在することは否定できないことであり、単に類似性に着目することには問題がある。すなわち異質性に注目し、異質性と類似性のいずれに力点を置くかを考える必要がある。第一に両者の違いが生じるのは、処分権主義の問題であり、訴訟物設定の問題である。境界確定訴訟で裁判所が裁量で判断するのは主文の判断であり、訴訟物についてである。ところが民訴法二四八条が関係するのは訴訟物そのものでなく、理由中の判断である。つまり、二四八条の場合は大枠が決まっているその一部にすぎないが、境界確定訴訟の場合は大枠はない。この点は大いに異なる⁽²³⁾。第二の違いは境界確定訴訟の場合は判断が個性的であり、類型化、一般化が困難な点にある。民訴法二四八条の場合は要件・効果についての事例の集積が求められているが、境界確定訴訟の場合は判断の方法、基準等は抽象的なレベルではそれほど議論が生じるとは思えない。しかし、具体的な適用状況に関しては、将来において意味のあるような一般的な基準を抽出することは困難であると思う。後見人を誰にするのかという判断と同じように、裁判所はその時々個々の状況に応じて総合的な判断をせざるえないからである。第三の違いは裁判官の裁量的な判断の質の違いである。裁量的な判断が常に非訟手続であるかは議論があらうが、民訴法二四八条に非訟的なものを考えるにしても、それと境界確定訴訟⁽²⁶⁾

の場合の非訟的なものとは違ふと考えるべきである。民訴法二四八条の場合には「裁量というより評価的事実」であり、評価の前提となる事実はその当事者から提出されねばならないし、判決理由で認定されなければならないが、「そこから当然に損害額が算術的に算定されるものでなくて、評価的な判断が加わってでてくる」というものである。⁽²⁷⁾ すなわち、この場合は裁量といつても価値判断作業であり、法の適用作業に類似するから、訴訟手続において行われても非訟的な性格は問題にならないし、裁判所の活動に異論や異議も生じないのである。これに対して境界確定訴訟の場合は、全く資料がない場合でも確信が持てない状況でも、新たに境界線を引くことが重要であり、とにかく裁量で境界線を引かねばならないことを容認しなければならぬ。⁽²⁸⁾

このようなことからすると、民訴法二四八条との類似性よりも異質性に注目すべきであり、境界確定訴訟において民訴法二四八条を類推することには疑問がある。また類推を認めたとしても、直ちにそれから具体的な審理方法が明らかになることはないから、それを明らかにする必要があり、その作業は民訴法二四八条との異質性が目立つだけに困難が予想される。そもそも民訴法二四八条は具体的な審理方法について規定しているものではないから、類推の主張だけでは訴訟手続と非訟的な手続との混交を整理して、具体的な手続の手順や手続原則を明らかにすることできない。⁽²⁹⁾

3 段階的構造説の提唱

境界確定訴訟においては非訟的な処理と訴訟的な処理が必要であり、混在を容認せざるをえない。一方が他方を完全に否定するようなことは無理である。問題はこの混在を認めたいうえで、具体的な手続の進行の指針や手続原則をどのように考えるかである。1の考察から明らかかなことは、形式的形成訴訟説は非訟と訴訟との混交を説

明するだけであり、どのように手続を進行させていくのか、どのような手続原則が働くのかということについては答えることができないということである。2から判明したことは、所有権境界確定訴訟説は民法二四八条を根拠にして、訴訟において非訟的な処理が可能であることを明らかにしたが、それが境界確定訴訟の場合の非訟的な処理と同じであるかは疑わしいということである。いずれにしても、境界確定訴訟での具体的な審理方法や手続原則を明らかにすることができず、法的性質論としては不十分である。

このことは、二の4でみたように、従前の学説が境界確定訴訟の手続を、例えば確認と形成というように分離して考える分離論を否定した点に原因があると思う。すなわち学説は両者を一つの手続として考える一体論を出発点としているが、それが正に問題である。学説が一体論に固執したのは境界確定訴訟の手続の解体を危惧したからであり、手続の統一性を重視したからである。その結果、異なった手続の混交は説明できても、具体的な手続の指針の提供という実用性に欠けることになった。考えるべきことは手続の一体性、統一性を保持しながら手続の指針や原則を提示できる法的性質論である。それは分離したものを再構成して再結合させることである。具体的には所有権確認訴訟と非訟手続の単純併合ではなく、段階的（順位的）な結合である。このような主張については、二の3で見た複合説の中に同様な学説を見ることができ、それは「境界線の非訟的形成請求を先決関係とし、所有権の範囲確認請求を順位的に併合する複合訴訟」を説くのであって（小室・前掲注（11）一四七頁）、所有権境界確定訴訟を先行させる私見とは内容を異にする。また法的性質論に具体的な審理方法の指針や手続原則を求めるとするのが本稿の問題意識であるが、この説の場合は非訟的に形成された境界線に所有権の範囲としての意味を付加するために複合説を説いているのであるから、目的や問題意識の点においても、立場を異にしている。

(16) 二では地番境界説としての形式的形成訴訟説、所有権境界確定訴訟説、複合説を取り上げたが、三で複合説について検討しないのは、訴訟と非訟の混交の問題について、複合説は形式的形成訴訟説と所有権境界確定訴訟説の両方の問題点を内在していると考えらるからである。すなわち、複合説は混交を積極的に肯定して、両方の性質を認めようとする説であるから、所説の中に両説の問題点を胚胎している。このような関係であるから、両説に対する批判がそのまま複合説にも通用すると考えらる。

(17) 鈴木正裕「非訟事件と形成の裁判」鈴木忠一ほか監修『新・実務民事訴訟講座八巻』五頁以下、特に九頁(日本評論社、一九八一年)。

(18) 形式的形成訴訟という概念の由来については、奈良次郎「共有物分割訴訟の若干の問題点について―最近の裁判例を参照しながら―」判例タイムズ八五四号二二頁以下(一九九四年)が、「この簡便なしかも極めて的確な表現を用いた独創的な日本人は誰か」という観点で考察している。これを読むと、先ず最初に形式的形成訴訟という訴訟類型が存在して、境界確定訴訟をそれに当てはめたのではなく、境界確定訴訟の望ましい訴訟形態を形式的形成訴訟ということ表現し直したように感じらる。つまり、形式的形成訴訟説は現実をそのまま肯定する理論であり、現実の境界確定訴訟について評価を下し改善を求める学説ではないように思う。

(19) 奈良教授は形式的形成訴訟を既存の三種類の形態の中に埋没させることは、理論的にも実際的にもかなり困難であると考え、今後相当長期間、従来の形式的形成訴訟概念が独自の分野を維持する可能性が強いと述べている(前掲注(一)七頁)。

(20) 非訟事件手続法と民事訴訟法の適用はどのように考えるのであろうか。立法をする場合にいずれの法に属させるのであろうか、あるいは単行法か。それとも立法はしないのか。疑問は尽きない。そもそも形式的形成訴訟説は訴訟上の形成権行使の問題で主張された両性説のような印象を受ける。すなわち両性生説は、訴訟法と実体法の領域のほかに第三の領域があるかのように主張するが、形式的形成訴訟説も基本である訴訟三類型のほかに新たな類型を主張するからである。また両性説は現実の訴訟現象を肯定し説明できても、私法行為の面を認めながら、行為の要件について実体法の適用を認めないので、理論的な整合性に欠ける。同様な事情は、形式的形成訴訟説にも存在するように

思える。要するにそれは両方とも望ましい結果に合わせて概念を創出したからではないかと思う。

なおかつて形式的形成訴訟説を説いたことがあるので、「判批」判例タイムズ五〇五号二二八頁以下、一九八三年、本稿でその立場を改説する。これは「土地明渡訴訟において境界確定を求める中間確認の訴えは許されない」と判示した最判昭五七・一二・二判例タイムズ四八六号七一頁（判例時報一〇六五号一三九頁）の判例解説である。なおここで私の私見に対して、玉城教授は地番と所有権の境界との関係の正しい理解をしていないと批判する（前掲注（9）四八号一七九頁）。また適切な訴訟指揮で問題を解く姿勢と（二八〇頁）、判例は通説の立場から当然と考える点にも問題があると指摘する（一九二頁）。所有権境界確定訴訟説の観点から見ると、もっともな指摘である。現在の私見は境界確定訴訟について所有権境界確定訴訟の側面を有することを肯定するが、形式的形成訴訟説を全面的に否定するものではなく、両者の融合を志向するものであるから、玉城教授の見解や指摘をすべて認めるというものではない。

(21) 例えば林・前掲注（9）民訴雑誌二六四頁以下が説いたものであるが、山本・前掲注（1）九九頁はそれに賛成し、二四八条の事例と境界確定訴訟の場合を比較して両者の類似性を評論する。

(22) 民法二四八条について種々な問題があるが、春日偉知郎『相当な損害額』の認定」ジュリスト一〇九八号七三頁以下（一九九六年）、小室直人ほか編『基本法コンメンタール新民事訴訟法2』一三四頁以下（奈良二郎）（日本評論社、一九九八年）等にまとめられている。問題はこの規定の目的である。証明度の軽減を認めた規定なのか、それとも裁判官の裁量的な評価を認めたものかという点について議論がある（坂本忠三「損害賠償の金額」法学教室一九二号三〇頁以下（一九九六年）、豊田博昭「損害賠償請求訴訟の特殊性」基本問題セミナー民事訴訟法」二四八頁以下（一粒社、一九九八年）。坂本忠三教授は後者の立場であるが、安易な類推を戒めて、「適用要件に該当するケースかどうかの判断にあたっては制限的な解釈が要求され、この規定の安易な類推適用は厳に謹むべきである」と説いている（判決③「損害額の認定」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系—理論と実務—第三卷」二八五頁、青林書院、一九九七年）。もちろん坂本教授は類推を一切否定するのではなく、比較法的な観点から類推が認められる場合を考察している（「新民事訴訟法二四八条をめぐる諸問題—その適用範囲の限定を中心として」民事訴訟雑誌四五号二二八頁以下、一九九九年）。なお清水正憲「損害額の認定」滝井繁男ほか編『論点 新民事訴訟法』四〇五頁以下（判例タイムズ社、一九九八年）は、本条

の存在を理由に当事者が立証活動をなざりにするようなことがあつてはならず、具体的な損害額の立証に努めなければならぬと説く。

(23) 中野教授は、民訴法二四八条について、「損害の性質に照らし損害額の認定のために必要とされる証明度だけを低減するもので」、「狙いは同じでも、ドイツ民訴二七七条が、損害の発生の有無と損害額・賠償額、さらには他の係争債権額にも亘って、裁判所があらゆる事情を考慮して自由な心証により裁判するとしているのとは、趣きを異にする」と述べたうえで、「新法二四八条を類推適用する余地が全くないとはいえないであろう」が、「……請求金額を明示しないので、『裁判所が相当と認める額』の支払を求める損害賠償請求の訴え……を許すものではない」と注意を喚起している（中野貞一郎『解説新民事訴訟法』五九頁以下、有斐閣、一九九七年）。ところで境界確定訴訟の場合はその法的性質についていかなる立場であれ、裁判所が当事者の申立てに拘束されることなく、相当と認める境界線を引くことを肯定するのであるから、民訴法二四八条の訴訟とは異なる。

(24) 清水・前掲注(22) 四〇六頁。

(25) 鈴木正裕教授は、民訴法二四八条に関して、『非訟的』と言われると、私などつい、非訟事件手続法の総則のどの規定を類推適用せよという趣旨で言われているのだろうか、と思つてしまいます」と述べて、非訟的ということに対して懐疑的である。さらに教授は「民事訴訟でも裁判官が裁量で判断すべき事項はたくさんあつて、権利濫用や信義則など、いわゆる不確定概念は皆そうで、これらを『非訟的』と言われたら、本来の民事訴訟、『訴訟』の役割を果たす場面はかなり限られたものになってきます」と述べて、民事訴訟において非訟的ということに対して消極的であるように見える（青山善充ほか「研究会・新民事訴訟法をめぐって」〔第一九回〕ジュリスト一一三〇号九二頁、一九九八年）。

(26) 石川明教授は「新民訴法二四八条の裁判は訴訟的要素と非訟的要素とを併有する裁判といふことができる」とし、慰謝料裁判は訴訟事件の裁判というよりも「事柄の実質をみると非訟的な部分を含む裁判と解する余地がありうる」とされる（石川明「新民事訴訟法二四八条覺書」判例タイムズ九九二号七四頁、一九九九年）。

(27) 引用は伊藤眞教授の発言の一部である（青山ほか・前掲注(25) 九二頁）。

(28) 境界確定訴訟に民法二四八条の類推適用を説く山本助教教授は、「所有権の範囲確定に関しては、証明度の引下げにより一次的には蓋然的な境界の認定を図るが、それでも認定が不可能な場合には、裁判所が裁量で適切な境界線を裁定するという作業を含むと解される（また、全く証拠資料がないような極端な場合には、解明度を低める作用も有すると思われる。」と説いている（前掲注（1）一〇〇頁注23）。これは境界確定訴訟の場合は証明度の引下げだけでは対応できないことを認めているわけで、極端な場合とはいえ、そのようなことを想定する必要があるから、この点で民法二四八条の場合と異なると考えるべきである。

(29) 玉城教授は一連の著作を通じて、請求に関する非訟理論と境界確定に関する非訟理論を区別する必要性を強調し、境界確定に関する非訟理論を肯定される。例えば、前掲注（3）争点一九七頁、前掲注（9）民訴雜誌一七七頁以下、前掲注（9）法政論集四八頁以下等。しかし、境界確定訴訟において非訟的な処理が必要であるということは理解でき、それが訴訟手続で許容される理由は必ずしも明らかでないように思う。また佐々木吉男教授は境界確定訴訟は確認訴訟をとるべきであるとされ、非取引紛争であるから、処分権主義や弁論主義を絶対視する必要はなく、程度を変えるべきであると説いている（「境界確定訴訟の再吟味」民事研修一九〇号三九頁、一九七三年）。非取引紛争である、裁判所が当事者の主張に拘束されないということを、単に訴訟原則の修正として位置づけてよいのかは問題であるように思う。

四 段階的構造説の展開

1 段階的構造説の素描

二つの異なった手続を一体としてまとめ、しかも両手続の違いを際立たせるためには、二つの手続を並列させるのではなく、直列的に配置することである。直列とはそれぞれの手続に順位を付すことであり、一つの手続に

二つの手続の段階を設けることである。このような手続構造をデザインすれば、奈良教授や山本助教がそれぞれ立場を異にしながらも共有された、境界確定訴訟に二つの訴訟類型が存在するとの認識を素直に反映させることができる。また二つの手続を直列に配して一体とした訴訟（段階的訴訟）を考えるので、奈良教授と山本助教が否定されるような分離論にはならない。そしてこのように考えることによって、第一に、手続のそれぞれの段階における原理・原則が明確になる。第二に、当事者も裁判所も現在やらねばならないことが分かるし、今後の活動の指針も得られることになる。第三に、段階的構造説を類型論として説くことによって、境界確定訴訟の実態、すなわち当事者に境界線を主張させ、それを基礎にして手続を進行させるというこの訴訟の実態を正当化することができる。³⁰⁾

それではどのような手続を直列に配置して、段階的に手続を設けるのかということになるが、第一段階は所有権境界を確定するための確認訴訟である。第二段階は、地番境界の非訟手続である。これは、当事者は自己の所有権の範囲について先ず主張・立証責任があるということであり、実務での当事者に主張・立証させるということを反映させたものである。また地番境界について裁判所が非訟手続によって判断するためには、当事者による訴訟活動が尽きたにもかかわらず境界線について真偽不明の（請求棄却せざるをえない）状態が必要であるということを示したものである。これは境界確定訴訟における裁判所の裁量権を限定し、裁判所の負担を軽減するとともに、当事者の権利と責任の範囲を明確にするためである。つまり、段階的手続とは、「裁判所の非訟手続による境界線の確定は非常手段であり、通常の訴訟手続が尽きたところから出発する」という、いわば当然の事柄を手続構造上明らかにしたものである。換言すれば、当事者には通常の訴訟活動が求められ、境界確定訴訟は非訟であるとして裁判所に最初から全面的に依存することは許されないといいことである。

このような考えは、境界確定訴訟は土地所有者が隣地の土地所有者との間に境界線をめぐって争いが生じたことが発端であり、争いに決着がつかないから裁判所が最終的に判断するということを素直に手続において反映させたものである。それは同時に、従来の所説の問題点を明らかにする。すなわち地番境界説は地番の境界線を確定するものであると説き、所有権境界説は所有権の範囲を確定するものと説いているが、境界それ自体は原則として地番境界と所有権境界の両方の境界を意味しているにもかかわらず、両説とも他説を排除して一面的に割り切っている点が問題である。この点では両方の性格を認める複合説は評価できるが、非訟手続を優先している点と手続を並列的に考えている点が問題である。

次に考えねばならないことは、段階的な手続を設けることが望ましいとしても、このような訴訟構造を勝手に創作してよいのかということである。望ましい帰結なり現実の訴訟の実態に合わせて、訴訟類型を創作するということが、決して奇異なことではない。例として請求異議訴訟において確認訴訟と形成訴訟の合体を説いた救済訴訟説を挙げること⁽³¹⁾。また形式的形成訴訟説も、境界確定訴訟手続の非訟的な側面を説明するために、新たな概念を創設したと見ることができ。しかし、形式的形成訴訟説は非訟的側面を強調したために、手続の訴訟的側面との関係の考察が十分でなく、また境界線が所有権の境界でもあるにもかかわらず、そのことを全く無視した点に問題がある。

もつとも訴訟類型を新たに考えるにしても、二種類の手続を段階的・直列的な一つの手続と考えることは可能なのかが問題になる。境界確定訴訟では二つの異なった性格の手続原則が混交しているにもかかわらず、それらを分離せず一体の訴訟構造として考えざるをえないのは、分離して考えるような訴訟形態が存在しないからである。しかし、他の訴訟でかような考えがないわけではないから、全く不可能ということではない。それは再審訴

訟の訴訟物に関する議論においてである。再審訴訟の訴訟物について訴訟物二元説と一元説との対立があるが、例えば原判決が請求認容の一審判決で、再審訴訟で原判決取消し・請求棄却判決が下されたと考えるならば、再審では訴訟物は二つと考えることになる。この場合両訴訟物の関係は単純併合でもなければ、予備的併合でもない。この場合は訴訟物が直列していると考えられることになるから、再審の手續の訴訟物について二元説を採用すれば、直列という手續構造を考えることは可能である。つまりは境界確定訴訟だけというものではなく、再審手續での可能性があるということである。⁽³²⁾ また新法は再審手續に段階を設けたので、段階的手續ということも現行法においてそのモデルを見ることができるところから、全く奇異な独自の手續というものではない。

問題は直列ということである。第一段階の所有権境界確定訴訟で、裁判所は請求棄却の判断に達した時にその旨を表明して、第二段階の非訟的な手續に進むことを宣言する。訴訟物は所有権の範囲の設定から地番の境界設定に変化する。しかし、これは非訟手續を正当化するためのものであるが、地番の境界は所有権の範囲でもあるので、実質は新たな訴訟物の設定でもない。通常の民事訴訟法の用語で説明すれば、いわば交換的な訴えの変更が自動的になされたということである。第二段階の非訟的な手續では、前段階の訴訟の結果を踏まえて、裁判所は境界線を裁量で設定する。第二段階は裁量による境界線設定を正当化するための手續であるが、新たに当事者から資料が提出されるとは考えられないし、裁判所は裁量によって設定すべき境界線の概要は前段階の訴訟で既に得られたと考えられるから、この手續で時間を必要とすることはない。非訟的に処理するならば、手續も非訟であることを明確にして行うべしというのが私見であり、段階を設ける以外に従来の手続に特に付加するものはない。例えば、売買契約に基づき代金請求をした原告が、契約が無効なら引き渡した物の返還を求めるといふ請求を予備的に併合したようなものである。この場合主請求に理由がないと判断した場合に、予備的な請求について

の審理は簡単に済むのと同じである。もつとも非訟手続といっても、前段階は訴訟手続で口頭弁論が開かれるのであるから、裁判は判決で行うべきであるし、訴訟とは異なる手続が開始されるのであるから、改めて一度は当事者を審尋すべきである。

2 他説との異同

異なった手続類型をいわば直列に段階的に配置するということは、所有権の範囲確認訴訟が棄却された後に非訟的な境界確定手続を考える説に類似する。鈴木重勝教授は次のように述べている。

「どうしても、所有権の限界として境界をめぐる紛争を解決するためには公法上の境界線の確定におけると同様に裁判官の判断にもとづきそれを設定する必要がある。それによつてしか、この紛争は解決されることはない。しかし、これはもはや既存の所有権の帰属とその範囲の確認ではなく、やはり境界線の非訟的形成である。もつとも、原告がそれを要求して初めて、しかも、原告の主張する境界線の範囲内でのみその判決は下せることになるのだが（詳細は、鈴木重勝「申立事項と判決事項」新実務民訴③三五―頁以下）。

……しかし、初めから、自分の私的所有地の境界がわからないから裁判所が設定してほしいと要求することはないだろう。公法的性格の境界ではなくて、所有権の限界としての境界であるから、自分が判断し、確信している境界線が真の境界線であると主張し、そこまでの土地所有権の帰属の確認を求めるのが通常であると考えられる。したがって、私的所有地の境界をめぐる争いのための訴訟では、第一次的には所有権の確認請求が審判の対象となっているものと解される。

……その第一次請求の審理で所有権の範囲が証明されないうちでも、原告の意思において、なお、その境界の非訟的設定を求めていることが明らかであれば、予備的にその請求の併合審判要求があるものとして扱うべきである（石川

明・判批・法学研究三八卷五号一〇三頁)。だが、一次請求の審理において原告の主張している所有権の限界ではなくて、所有権の帰属そのものが認められないときは、その主位請求の棄却だけでなく、予備的請求も当事者適格の欠缺により却下されることになる」(鈴木・前掲注(9)三六二頁以下)。

地番でなく所有権の範囲に非訟的形成を考える点や細部を除けば、この説が第一に所有権の範囲確定訴訟を、次に非訟手続と説いている点は、私見と等しい。換言すれば、私見は先行するこの説の亜流ではないかという疑念が生じるかもしれない。しかし、この説は予備的に非訟的な境界確定を求めることができ、「原告の意思において、なお、その境界の非訟的設定を求めていることが明らかであれば、予備的にその請求の併合審判要求があるものとして扱うべきである」と説いている点で、私見と異なる。つまり、私見はこの説が説いている予備的併合形態や、その運用指針に対して、この二つの手続を合体させて一体として考えるべきであると説くものである。このようなことからして、私見は決して奇異な学説ではないが、しかしそうなると、この見解との違いや、この学説に比べて私見の長所は何かということが問題になる。

確かにこの説が説く予備的に併合という方が分かりやすいし、地番境界を持ち出すことなく、所有権の範囲確定という主張も一貫性があり、説得力がある。しかし、併合と考えると、原告に併合しない自由を認めることになるが、それが問題である。境界線が設定されなまま、事件が終了してしまう余地を認めることになるからである。また改めて境界線を求める裁判を認めることになるが、別訴であるから従前の訴訟の訴訟資料は直ちに利用できない点も問題である。そもそも原告の合理的な意思は裁判所によって境界線を設定してもらうことにあるから、単に併合審判要求があるものとして扱うのではなく、一歩進めて当然に審判要求があると考えても、当事者の意思に反したことはならないであろう。しかも請求棄却判決を回避して非訟的な手続で境界線を確定し

ようというのであるから、そのような審判要求は当初の訴え提起の際の当事者の意思に含まれていると考えることもできる。すなわち、制度運営の利益を考慮して、合理的な当事者の意思を想定すべきである。もつとも当事者の意思を擬制する以上、当事者の意思に反する場合があるかもしれない。しかし、そのような例外的な場合には訴えの取下げの制度で対応すべきであると考ええる。さらに併合説の問題点は、既に何度も指摘したような手続原則が不明確であるということを解決できないことである。

なお民事訴訟法の学説の歴史を見てみると、手続の変更を求める当事者の行為について学説は、当初は二つの当事者の行為と考えていたが、次第に両者を一体にした特殊行為として把握する考えが主流を占めるようになってきた。例えば、訴えの交換的変更の法的性質について、追加的変更と旧請求についての訴の取下げとみる説に對して、今日では独自の行為と考える説が有力であるし、任意的当事者変更の場合も同様に、新訴の提起と旧訴の取下げの合体と考える説よりも、特殊行為説が有力である⁽³³⁾。これらは確かに当事者訴訟行為論であるし、本問題の場合とは問題の状況を異にするから同一には論じられないにしても、このような理論の展開に注目すべきであると思う。

3 私見の具体的な展開

地番境界を説く形式的形成訴訟に對しては、私見は、紛争の実態は所有権の範囲の争いであるという認識が欠如していると批判するとともに、非訟と訴訟の手続を区分して手続の段階を目に見えるようにすべきであると説く。所有権の範囲確定を求める訴訟と構成する説に對しては、私見は非訟手続の適用限界と根拠が明らかでないとい批判し、地番境界を根拠に手続を正当化すべきであると説く。これらだけでは、従前の諸説と私見とは単に

説明の違いということになるかもしれない。しかし私見は、境界確定訴訟は当事者間の所有権の範囲の争いから出発しなければならず、そこで所有権の範囲が確定できない場合は、地番境界に關して非訟手続によって境界線を設定しなければならぬと説くのであるから、その点で差異が生じる。具体的な事例で考えてみよう。

当事者は先ず所有権の範囲を争うが、その場合の当事者の主張する境界線の主張は、それが地番の境界線であるという場合もあれば、時効取得により取得した境界線との主張もあろう。また両者を同時にあるいは予備的に主張する場合もあろう。当事者はこのように種々な主張を展開するが、境界確定訴訟においては、第一に当事者間の所有権の境界が判断されるべきであり、地番境界が判断されるものではない。この段階で所有権の範囲（境界）が決まれば当事者間の紛争は解決されるが、範囲が決まらない場合が問題になる。この場合は第二段階の非訟手続によって境界線を設定することになるが、ここでの境界線は地番境界であつて、当事者間の所有権境界ではない。非訟手続は地番境界を設定することによって正当化されると考えるからである。したがつて、地番境界が求められる場合、換言すれば手続が訴訟から非訟に変わるのは、時効取得による主張が否定され、所有権の範囲が不明になつた場合である。このようにして地番境界が設定される場合は、私見は単に訴訟と非訟の手続に段階を設けるべきであるという主張であるから、手続的にも内容的にも、結果は形式的形成訴訟説によつた場合と大差ない。

差異が生じるのは、地番境界と所有権の境界が異なつた場合である。例えば、当事者の一方が自己の所有する土地の地番の境界線を越えて他方の土地の一部を時効によつて取得した場合である。私見によれば、時効によつて取得された土地の新たな所有権の境界線を確認して訴訟は終了するが、判例や多数説によれば、そのような境界線を確定することなく、単に地番の境界線を確定することになるからである。⁽³⁴⁾

なぜ私見は所有権の範囲を示す境界線を確定させるのかというと、それが訴訟の一番の争点であり、通常の訴訟で言えば訴訟物に該当するものであり、将来の紛争の解決の基準となると考えるからである。それではなぜ地番の境界線を確定させないのかというと、紛争の実質争点は当事者間の所有権の範囲の争いであり、地番境界はそれと直接関係がないと考えるからである。換言すれば、当事者間の紛争解決に地番境界の確定は有効でないと考ええるからである。例えて言うと、判例・多数説のように地番の境界を確定するとする説（仮に地番境界確定説と名づける）は、既判力を訴訟物について生じさせないで、判決理由に生じさせるようなものである。さらに地番境界確定説の問題点は、当事者は互いに土地の境界を接していない状態であるにもかかわらず、当事者適格を肯定する点である。なぜならば地番境界確定説は、境界確定訴訟の当事者適格者は、境界線を接している所有権者であると説いているからである。すなわち、このことと当事者適格は喪失しないということとは調和しないと思うからである。これに対して、地番境界確定説は適格を肯定する理由として、地番境界確定の必要性を強調する。しかし、境界を挟んで両方の土地を所有する者は、境界線が不明でも境界確定訴訟は提起できないことを考えると、必要性だけでは十分な理由にはならない。あるいは当事者は依然として重大な利害関係を有しているというが、その実態は前述のように間接的な利害関係である。あるいは訴訟経済を主張するが、訴訟経済という点であれば、時効取得によって所有権の範囲が明らかになったにもかかわらず、その点について何らの拘束力を認めない方が問題である。さらに同じ形式的形成訴訟においても地番境界確定説に反対して、当事者適格は喪失するとの説も有力に説かれているが（仮に適格喪失説と名づける）、このことは地番境界確定説の根拠の弱さを示しているように思う。³⁵⁾

もつともこの適格喪失説によれば、地番境界は設定されることはない。所有権の範囲も確定されることもなく、

境界確定訴訟は不適法になるが、その帰結は問題である。訴訟において最大の争点と思われる時効取得が認定された場合、その判断によって従前の境界確定訴訟が無意味になり、何らの基準をも提示しないという結論は、たとえ理論的に正当な帰結であるにしても、妥当性を欠く。このように地番境界確定説に対峙する適格喪失説でも問題があるということは、これら両説が前提とする境界確定訴訟においては、常に地番境界だけが確定されると考えることに問題発生の原因があるように思う。したがって、この場面では所有権の範囲が確定されるべきであるが、時効取得された土地の登記が問題になる。分筆登記する場合に地番境界が必要であるというのが、地番境界確定説の主張であるが、所有権の範囲が確定して特定できるならば、たとえ訴訟で地番が確定していなくても、その部分の登記の問題は技術的なこととして処理できると思う³⁶。したがってこの点の問題を考慮して地番境界の必要性を説くのは論理の筋道が反対である。

このように時効取得が問題になった場面では、私見は所有権の範囲が確定されるべきであると考えてるので、所有権境界確定訴訟との違いはない。しかし、所有権の範囲があらゆる場面で確定されなければならないというのも問題である。非訟手続によって地番の境界を確定する必要性を否定できないからである。このようなことから、私見は境界確定訴訟においては、所有権の範囲が確定される場合と地番境界が確定される場合を区別することが必要であり、訴訟の状況、段階に応じて、確定される対象を考えるべきであるというものである。この点で従来の諸説と違いが生じる。なおこのような時効取得と当事者適格の他にも、境界確定訴訟には論ずべき問題が多々ある。例えば、上訴審の構造や不利益変更禁止の原則の問題である。これらについては、従来述べてきたような考えによって処理すべきであると思っている。したがって私見によっても種々な問題は適切な解答が得られると思っているが、それらについては別の機会に論じるつもりである。

(30) 奈良教授は、「裁判実務においては、当事者双方に対し、自己の正当と考える境界線を申立ないし主張させているのが常であり、又、それも当然のことなのである」と述べ(前掲注(5)判例評論三三八号五頁)、「境界確定訴訟においては、通常は当事者の申し立てた境界線の内の係争地域内で境界線が定められ、その意味で当事者双方からの境界線の申立てを無視されることはほとんどなく、事実上、当事者の主張事実および立証により大きな制約を受けるものである」と指摘している(前掲注(5)判例評論三四〇号九頁)。この他の文献や関連する問題については、高橋・前掲注(4)八三頁注3が詳論する。

なお吉野衛「境界紛争の法的解決—筆界の確定を中心として—(一)〜(五・完)」登記研究五一六号九頁以下、五一七号一頁以下、五一八号一頁以下、五一九号一頁以下、五二〇号一頁以下(一九九二年)は、実務家による詳細な論考であるが(執筆時は東京高等裁判所部総括判事)、境界確定訴訟は本質は非訟事件であり、これを民事訴訟で処理するか非訟事件手続で処理するかは立法政策の問題であり、我が国が民事訴訟で行うことにしたのは、沿革的な理由以外に考えられないと分析している(五一八号一三頁)。そして判事は判例・通説に反して、訴訟要件として紛争の存在が必要とされ、当事者間の境界線の争いが明らかにされなければならないと説く(五一九号八頁以下)。すなわち原告は訴状等において、自己の境界線とその理由並びに被告主張の境界線を明らかにすべきであるというのである。それは原告に不当な負担をかけることにならないし、実務では例外なく行われているというのである(九頁)。理由として判事は、境界確定訴訟は争訟的非訟事件であるとされるが(二〇頁)、手続は非訟事件であっても、訴訟として出発すべきであることを指摘しているものとして興味深い。

(31) 三ヶ月章「執行に対する救済」『民事訴訟法研究第二巻』四七頁以下(有斐閣、一九六二年、初出は一九五五年)。博士は請求異議の訴えについて、「実体権の確定と執行力の排除という二つの機能を併有する特殊な訴えとみるべきである」と説いている(六〇頁以下)。

(32) 高橋宏志教授は一元説を説いているが、二元説からは一元説の批判に対して、直列に併合されていてドイツの段階訴訟にその例があるという弁明があるかもしれないと述べている(「再審について(一)」法学教室一八〇号八二頁注4、一九九五年)。もっとも小山昇教授は直列的併合について、「このような列をなす併合は現行法の認めるところではな

い」と述べているが（「再審の訴えの訴訟物」『小山昇著作集第二巻』二六七頁注2、信山社、一九九四年、初出は一九八〇年）、これは旧法についての見解である。新法は再審手続に段階を設けたから、現行法は直列的併合を否定しているとは即断できないように思う。なお新法における再審の構造については、拙稿「再審の手続構造」伊藤眞ほか編『講座民事訴訟法Ⅲ』九二頁以下（弘文堂、一九九八年）が詳論している。

(33) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』四三二頁（栗田隆）、四八二頁以下（松浦馨、井上治典）（有斐閣、一九九八年）。

(34) 判例としては、最三小判昭和五八年一〇月一八日民集三七卷八号一一二頁、最三小判平成七年三月七日民集四九卷三号九一九頁等がある。学説としては、小川正澄「経界確定の訴についての若干の考察」主として当事者適格、弁論主義との関係について一判例タイムズ一五九号二六頁以下（一九六四年）、平田浩「判批」民商法雑誌五九卷三号四三〇頁以下（一九六九年）、畑・前掲注（8）一一〇頁、山本和彦「判批」法学協会雑誌一〇二号七号二〇三頁（一九八五年）、加藤新太郎「境界確定訴訟の当事者適格」塩崎勤編『不動産訴訟法』裁判実務大系第一一巻四六四頁（青林書院、一九八七年）等がある。

なお境界確定訴訟における時効取得の問題に関する最近の判例・学説の概要は、玉城・前掲注（9）『琉大法学四八号一五三頁以下、下村眞美「境界確定訴訟の当事者適格」中野先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』二二九頁以下（一九九五年）、大橋弘「判解」法曹時報五一巻一号二一九頁以下（一九九八年）、玉城勲「判解」民事訴訟法判例百選Ⅰ「新法対応補正版」（別冊ジュリスト一四五号）一五八頁以下（一九九八年）等にまとめられている。

(35) 適格喪失説としては、村松俊夫「境界確定の訴え（増補版）」二八頁（有斐閣、一九七七年。初出は一九五七年）、奥村・前掲注（5）一九八頁等がある。なお最三小判昭和五八年一〇月一八日民集三七卷八号一一二頁が出る前は、適格喪失説は下級審の判例では有力であり、学説においても「概ね……支配的である」（奥村・前掲一九八頁。文献については二〇一頁注12）と言われていた。すなわち「支配の見解といわれるほど有力であった」（大橋・前掲注（34）二二八頁。文献については同三三六頁注21）。

(36) 玉城・前掲注（9）『琉大法学四八号二一九頁、同・前掲注（34）一五九頁等は、登記官庁に確定を求めることが

できると述べている。なお青山正明「境界紛争の予防と解決のために」登記研究五二七号三四頁以下（一九九一年）は、裁判所で境界確定の判決がなされるのはあまり多くはないとして、境界確定の争いを棚上げして、所有権の境界を当事者の合意で定める例がかなりあることを述べている。境界確定訴訟で合意が許されないことから、このような方法が採られているようであるが、この方法の問題点は分筆登記等が必要になったときに、境界が確定されていないということである。そこで青山判事は「合分筆」の登記の創設を提言している（執筆時の肩書きは東京地方裁判所部総括判事）。このような場合は合併登記して直ちに分割登記をすべきであり、それを一個の登記で済ませるといふものである（四三頁以下）。傾聴すべき見解であり、このように登記制度を実態にふさわしいように改正すべきか、あるいは同様の結果が得られるように解釈上許される範囲での運用を目指すべきである。登記制度の現実から境界確定訴訟を考えるのではなく、実態に合わせた登記を考えるべきである。

五 おわりに

境界確定訴訟の問題は形式的形成訴訟であるといえ、すべて解決されると従来考えられていたが、新田教授の問題提起に示唆を得て、形式的形成訴訟についての反対説（所有権境界確定訴訟説）を参考にしながら、形式的形成訴訟説の問題点を考察してみた。その結果、形式的形成訴訟説は結論の妥当性を説明するため、学説であり、その意味では、訴訟における形成権行使の問題に関して主張される両性説や、訴訟上の和解の既判力の問題に関して展開される制限的既判力説のような学説ではないかという認識に達した。確かに形式的形成訴訟説は単純・明快な理論ではあるが、地番境界に固執して理論を過度に純化した結果、当事者の所有権紛争であるといふこの訴訟の実態からかけ離れてしまった点に問題があるように思う。したがってこのようなことについての反

対説の主張には賛成であるが、しかし、反対説の非訟的な取り扱いの説明は、形式的形成訴訟に比べていささか説得力に欠けるように思う。そこで両者の連携を考え、複合説とは異なった方法を探求したのが、段階的構造という私見であり、境界確定訴訟についての試論である。⁽³⁷⁾

(37) 境界確定訴訟における当事者適格の問題については四の3で論じたが、それに関連した最新の判例は、最二小判平成一一年二月二六日判例タイムズ一〇〇一号八四頁である。この判例は「甲地のうち乙地との境界の全部に接続する部分を譲り受けた乙地所有者と残部分を譲り受けた者が甲乙両地の境界確定の訴えの当事者適格を有する」と判示している。機会を得て、この判例を私見の立場から研究してみようと思っている。

〔付記〕 新田先生とは専攻が異なるために直接ご指導を得ることはなかったが、一時期、研究室を共にした関係で、多くの研究上の助言を頂いたことがある。また学部行政上のことで困った問題を抱えたときは、先生のご助言を仰いだ。先生は常に誠実に応接して下さい、適切な指針を示して下さいことも忘れることはできない。先生の多年にわたる学恩とご厚情に対して、ささやかな感謝と惜別のしるしになればと思ひ、本稿を執筆した。