

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究 五〕
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.7 (2000. 7) ,p.94- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000728-0094">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000728-0094</a>

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.

## 〔民集未登載最高裁判事例研究 五〕

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された事例

最高裁判成 一一年二月二六日第二小法廷判決(最高裁平九(オ)第一〇四号)、境界確定等請求本訴、同反訴事件、判例タイムズ一〇〇一 号八四頁

### 〔事実〕

原判決が掲載されていないので事案の詳細は分からないが、最高裁の判決理由、判例掲載誌の判例解説や民事情報一五二号二二頁のコメント等を総合すると、次のような事件である。なお訴外の人物表記において通常使用する A・B ではなくて、C・D を使用するが、それは最高裁が判決理由の中で A・B を使用しているの、それとの混同をさけるためである。最高裁は判決理由で一般論を展開させているが、そこで土地は甲・乙、人物は A・B を使用している。

公簿上の二六二番二二と表示された土地(甲地に相当)

と同番一八の土地(乙地に相当)は、相隣接する。X は、

昭和四〇年六月四日、二六二番二二の土地のうち一部(原判決別紙合成図の P、㉔、㉕、Q、P の各点を順次直線で結んだ範囲の土地)を前所有者の C から買い受け、二六二番二二の土地全体について所有権移転登記を受けた(以下この土地を「X 取得土地」と表示する)。二六二番一八の土地の所有者 D も、同日、二六二番二二の土地の残余の部分(図の Q、㉖、①、②、Q の各点を順次直線で結んだ範囲の約四坪の土地)を C から買い受けた(以下この土地を「D 取得土地」と表示する)。D 取得土地は二六二番一八の土地との境界の全部に接続するが(以下「本件境界」と表

示する)、X取得土地は本件境界に接続しない。

XとDとの間に境界をめぐる争いが生じ、XがDに対してX所有の二六二番二二、同番一九、同番二三とDの所有の同番一八との間の境界の確定、係争土地の所有権の確認、係争土地の明渡しを求める訴えを提起した。DもXに対して同じ境界の確定と、係争土地の確認を求める反訴を提起した。Dは一審判決後の平成七年四月七日に死亡したため、Yらは相続によってD取得土地及び二六二番一八の土地を取得して、これらを共有している。

原審は境界を確定したうえで、Xの本訴請求の一部を認容し、Yらの反訴請求を棄却した。

Yらは、原審が二六二番二二と同番一八の境界確定についてXの当事者適格を認めたのは誤りであるとして、上告した。すなわち適格者は相隣接する土地の所有者であり、実質的所有者でなければならぬ(最判昭和五九年二月一六日判例時報一一〇九号九〇頁)。隣接地の一部を時効取得した場合は、当事者適格は失われないとする判例があるが(最判昭和五八年一〇月一八日民集三七卷八号一二二頁、最判平成七年三月七日民集四九卷三九一九頁)、本件の場合はその異なる。時効の場合と異なり、Xは時効により境界に接した土地の所有権を喪失したのでなく、最

初から権利者ではなかった。

最高裁は次のような理由で上告を棄却した。

「一 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、相隣接する甲乙両地の各所有者が、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のである(最高裁判平成六年(オ)第一七二八号同七年三月七日第三小法廷判決・民集四九卷三九一九頁参照)。

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、甲乙両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えることができる。

二 これを本件について見ると、原審の適法に確定した事実及び本件訴訟の経過によれば、…、(6) 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うのである。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って、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。

したがって、本件において境界確定の訴えの当事者適格を肯定した原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、所論引用の判例は、事案を異にし本件に適切でない。」

〔評 釈〕

本判決は従前の判例理論の延長線上にあり、判例理論の具体的な適用内容を明らかにしたものであり、その意味で判例理論を充実させるものと評価することはできるが、このような解決方法がよいのかという疑問がある。これが

本評釈の結論である。

境界確定訴訟の当事者適格の問題に関しては、判例は既に多くの判断を示している。そこで判例研究として第一に求められることは、判例が個々の事件の判断を通じて示した命題を体系的に整理し、判例理論とも言えるような法原則を明らかにすることである(一)。第二はこの法原則と本判決との関係を考察して、本判決の判例法上の位置を明らかにすることである(二)。第三は学説を分析し、本判決に対して学説はどのような評価を下すかを推察し、本判決の問題点を指摘することである(三)。そのような作業を通じて本判決を評価してみたいと思う(四)。以下ではこの順序で考察してみる。

一 判例理論について

先行する研究を参考にして、境界確定訴訟の当事者適格の問題についての判例を整理すると、次のようにまとめることができる。<sup>(1)</sup>

I 当事者適格者は隣地所有者であらねばならない(最一小判昭和五七年七月一五日裁判集一三六号五九七頁)。もつとも判例はこのことを直接判断しているものではない。この判例は「相隣接する係争土地について処分権能を有し

ない者は、土地境界確定の訴えの当事者となりえないと解するのが相当である」として、地上権者の当事者適格を否定したものである。これは、この訴訟が土地所有権の範囲を確定する効果を有するから、境界の確定に強い利害関係を有する者は、土地所有権の処分権能を有することが必要であると判断したものと解すべきである。

II この場合の所有者は、単なる登記名義人ではなく現実  
に所有権を有している者でなければならない。一連の判例  
がこのことを明らかにしている。すなわち最一小判昭和四  
六年一月九日民集三五卷九号一四五七頁は、共有地の場  
合は固有必要的共同訴訟であると説いている。理由は「土  
地の境界は土地の所有権と密接な関係を有するものであり、  
かつ隣接する土地の所有者全員について合一に確定すべき  
ものである」というものである。最一小判昭和四七年六月  
二九日裁判集一〇六号三七七頁は、土地の所有権と密接な  
関係を有する点を強調して、所有者を適格者としている。  
最一小判昭和五九年二月一六日裁判集一四一号二二七頁  
（判例時報二一〇九号九〇頁）は、「甲乙両地が公簿上は相  
隣接するが甲地のうち乙地に接続する部分の土地が第三者  
の所有である場合に甲地の所有者は適格を欠く」としてい  
る。

III 隣接する土地の所有者である当事者の一方が、他方の  
土地の全部を時効により取得した場合は、元の所有者に適  
格は認められない（最一小判平成七年七月一八日裁判集一  
七六号四九一頁）。そもそも元の所有者には境界を確定す  
る利益はないし、取得者にしても境界を確定したい場合は  
合筆と分筆登記で処理できるから、訴訟の必要はないとい  
うことであろう。

IV 時効取得でも土地の一部が残っていて境界線の一部接  
していれば、当事者適格が喪失することはない（最一小判  
昭和五八年一月一八日民集三七卷八号二二二頁）。そ  
もそも大判昭和九年八月一日民集一三卷一九号一六一七  
頁は、被告が時効取得を主張した事案について、時効取得  
の主張を判断しないままに境界を確定した原判決を破棄し  
ている。時効取得によって境界線が移動すると考えたから  
である。これに対して最一小判昭和四三年二月二二日民集  
二二卷二七〇頁はこの大審院判例を変更して、土地所  
有権の範囲の確認を目的とするものではないから、時効取  
得の抗弁の当否は境界確定には無関係であると判断したが、  
当事者適格については判断を示さなかった。そのためにも  
後の下級審判例において、時効取得と適格の問題が浮上し、  
時効によって適格が喪失すると考える説と適格は影響され

ないとする説との対立が生じた。

このような判例の状況の中で、最三小判昭和五八年一月一八日民集三七卷八号一一二頁は、境界の一部に接している部分が時効取得された場合について、適格の喪失はないと判断した。これは、甲地の所有者によって境界の確定と同時に、係争土地の所有権確認、建物取去土地明渡しが求められた事件である。裁判では被告の時効取得の主張が認められて、これらの請求は棄却されたために、原告が上告した。最高裁は職権で当事者適格について判断し、次のような理由で適格を肯定した。(a)時効取得された土地は、依然として登記上は所有者は甲であること、(b)時効取得の範囲は、境界が決まって明確になること、(c)境界を確定しないと抜本的な解決にならないこと、(d)分筆の登記に境界の確定は必要であること等である。

ところで既に述べたように(II)、最一小判昭和五九年二月一六日裁判集一四一号二二七頁(判例時報一一〇九号九〇頁)は、適格者は公簿上両土地が隣接しているだけではなく、境界に接している土地部分を現に所有している者でなければならないと判断した判例と解することができるが、それならば境界の全部に接続する土地部分が時効取得された場合の当事者適格はどうなるのかということが問題

になった。

V 境界線に土地の全部が接しなくなっても当事者適格は認められる(最三小判平成七年三月七日民集四九卷三号九一九頁)。IVで残された問題に決着をつけたのがこの判例である。甲乙両地の所有者は、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がない点に注目して、先の判例(最三小判昭和五八年一月一八日民集三七卷八号一一二頁)とほぼ同じ理由を説いて(a)(c)が抜けて、(b)(d)を強調、当事者適格を肯定した。なおこの事案は境界確定訴訟が単独でなされた場合で、原告が被告の時効取得が認められたことを不服として、当事者適格喪失を理由に上告したものである。

なお最三小判平成七年七月一八日裁判集一七六号四九一頁は、境界確定訴訟で時効取得を主張した被告が、時効取得を原因に所有権移転登記手続を求めて別訴を提起したというものである。この別訴は併合されなかったが、同一の裁判所で審理・判決がなされ、裁判所は原告の境界確定訴訟を却下し、被告の登記請求を認容した。原告の上告に対して最高裁判所は原審の判断を正當なものとしたが、この判断は土地の全部を時効取得された元の所有者の原告適格を否定したものと解されている。

## 二 本判決の判例法上の位置づけ

本件は時効取得の問題ではない点で、前記の一連の判例と事案を異にするが、隣地所有者同士の境界の争いであり、境界線がすべて一方当事者の土地の内部にあり、当事者は境界線に向かつて対峙していないという点で、Vの最三小判平成七年三月七日民集四九卷三号九一九頁と同様な状況にある（以下この判例を「先行判例」と表示する）。したがって、本判決が先行判例を引用して自らの説を根拠づけたり、上告理由が先行判例との違いを強調したのも、当然なことと言わなければならない。そこで問題は本判決と先行判例との異同は何かということである。すなわち、同じと見るか違うと見るかということである。

境界を公法上のものと考え、境界確定の必要性を考慮するならば（先行判例の理由づけⅡⅣの最三小判昭和五八年一〇月一八日民集三七卷八号一一二二頁の根拠の(d)、当事者適格に関して境界が接する部分の所有権の有無に固執する理由はないし、先行判例のような時効取得の場合に限定する理由はない。本件の場合も同様に考えるべきである。この点が高見教授が先行判例の判例研究の中で既に指摘している点であり、教授は「買い受けた部分について所有権

移転登記がなされていない場合には、利益状況は時効取得の場合と変わらず、本判決（先行判例のこと）と同じ判断がなされることになろう」と述べている。<sup>(2)</sup>もつともかような拡張に反対の意見も見られるが、理由は明らかでないし、時効取得との差異を強調すると、当事者適格を肯定する理由に限界があることを示すことになるから、時効取得の場合の適格を肯定する理由づけを弱めることになろう。

なお先行判例の見解が時効取得以外の場合にも拡張されるときでも、高見教授が指摘したように、当該部分について登記がなされている場合は適格は認められない。教授は宮崎地判昭和五七年四月一二日判例タイムズ四七一号一七三頁を紹介して、「境界確定の必要性が否定される余地もあると思われる」と述べている。<sup>(4)</sup>この判例は先の調停で係争土地を売渡し、所有権移転登記をする調停が成立し、移転登記もなされた後に、新たな証拠を発見した当事者が調停無効の訴えと境界確定の訴えを併合して提起した事案である。裁判所は調停無効の主張を否定するとともに、新たに自己の所有地となった乙地と従前の自己の所有地である甲の境界を定めることは、自己所有の両地内にある境界確定を求めることであるとして、訴えの利益、当事者適格を欠くとして境界確定の訴えを却下した。この事案では新た

な土地について既に移転登記がなされていて、所有権の取得を第三者に対抗できるから、登記のために境界を確定する必要は認められないのである。要するに境界確定をしなくとも、自己の所有権の範囲を特定できる場合には、境界確定訴訟は必要ないから適格を欠くことである。<sup>(5)</sup>

このようなことから、本判決は判例理論の適用場面を明らかにし、その範囲を拡張させた判例という評価をすることができるとし、「従来の判例を応用したもの<sup>(6)</sup>」ということもできる。ただ多少気になるのは、本判決の「境界に争いがあり、これを確定することによって初めて……取得土地の範囲の特定が可能になる」という要件である。本判決は、甲地の所有者が境界の全部を接する乙地の所有者 A に甲地の一部を譲渡し、残部を B に譲渡した場合に、分筆登記がないままに B に対する所有権移転登記がなされたならば、一般論として「甲乙両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」と述べている。これに対して、本件訴訟は、「本件訴訟において、境界を確定することなく右四坪の土地の位置を特定することができるような証拠はなかった」と報じていることからすると、事情によっては係争土地を特定する証拠が存在したり、境界を確定する必要がない場合もあるわけであ

る。本件では必要があることを前提に立論が展開されているが、必要性について一般的に肯定するのではなく、肯定する場合の具体的な内容を明らかにした方が、今後の参考になったように思う。いずれにしても、判例理論の次の課題は、具体的な必要性の内容である。

なお上告理由は大判大正九年七月六日民録二六輯九五八頁と最一小判昭和五九年二月一六日裁判集一四一号二二七頁(判例時報二二〇九号九〇頁)を引用しているが、これらは本件とは直接関係がない。これらはいずれも I と II に分類される判例であり、さらに本件は III の事例とも異なる。本件で考えるべき問題は IV・V であり、事案としては V の応用判例ということである。

### 三 学説からの問題提起について

学説は本件のような問題を従来あまり議論していないが、既に見たように本判決は先行判例の延長線上に位置づけられるから、先行判例を支持するならば、その帰結として本判決を支持するであろう。学説は IV の最一小判昭和五八年一〇月一八日民集三七卷八号一一二一頁を契機に、適格喪失説から適格肯定説に転換したから、通説の形式的形成訴訟説においても適格肯定説に立つて本判決を支持する立場



が多数説と思われる。つまり本判決は学説からも是認される判決ということである。しかし、このことは本判決に問題がないということではない。IVの問題で適格が喪失すると考えるならば、当然、Vの問題でも本判決に対しても反対すると思うので、この説が提起した問題は考える必要がある。すなわち今日では反対説は少数説であるとはいえ、当事者適格者はなぜ所有権者でなければならぬのかということを、原点に立ち返って考える必要がある。具体的に言えば、時効取得された者は他人の所有地（支配領域）中の境界について十分に争うことができるのか、時効取得した側からは、その者は真剣に争うであろうかという疑問に答えなければならぬ。ところが多数説からはこの点についての説明は十分ではなく、必要性がこのような疑問を押し切ったとの印象は否定できないように思う。<sup>(9)</sup>さらに形式的形成訴訟説に批判的な立場、すなわち所有権境界確定訴訟説によるならば、境界確定は不要との批判も考えられる。境界確定訴訟の法的性質に関して種々の見解が主張されているが、特に近時は所有権の境界確定訴訟と構成する学説が有力である。<sup>(10)</sup>この立場によるならば、本件で公法上の境界を確定することについては消極的に考えられると思われる。すなわち本件では所有権確認訴訟や係争土地の明渡し

等も併せて審理・判断されているから、このような場合にわざわざ判決で公法的な境界を確定する必要があるのかという疑問が生じる。<sup>(11)</sup>

この問題は結局はそもそも境界確定訴訟の目的や法的性質をどのように考えるかということに帰着し、形式的形成訴訟説か所有権境界確定訴訟説かということになる。従来、私は形式的形成訴訟説を支持してきたが、最近その立場を変更したので、そのような新しい視点で形式的形成訴訟説の問題点を考えながら、境界確定訴訟の法的構成について、私見を素描してみようと思う。<sup>(13)</sup>

#### 四 境界確定訴訟についての私見

判例や多数説によれば、境界確定訴訟では単に地番の境界線を確定することになるが、これだけでは当事者間の土地紛争の抜本的な解決にならない点が問題である。<sup>(14)</sup>例えば、本件ではQ⑤の境界が最大の争点であり、将来の紛争の解決の基準となるにもかかわらず、②①の境界を確定する意味がどこにあるのかということである。これに対して、②①はQ⑥を決める前提問題として重要であるし、Q⑥を決める基準点であるというかもしれない。しかし、前提問題には既判力は生じないというのが民訴法の一般原則である

ことを考えると、②①を確定させる必要性は感じられない。もちろん、所有権の範囲の確定は別訴で行うものであり、地番の境界確定訴訟はその前提問題としての役割があるとの意見もあろう。しかしそうであるならば、所有権確認訴訟の前提問題としてその訴訟において処理すればよいのであって、わざわざ独立の訴えとして考える必要はない。境界確定訴訟が意味があるのは、反射的であれ、それによって当事者間の所有権の範囲が確定されるからである。所有権の範囲とは無関係に地番の境界を訴訟で確定する必要はない。さらに当事者間に所有権の争いがないならば、対立構造は存在しないから、訴訟を必要とする基礎もないと言わなければならない。すなわち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想起すべきである。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かもしれないが、当事者は所有権の範囲を決めることに利害を有しているのであり、地番の境界はそのための手段であるから、間接的な利害関係というべきである。あるいは独立の訴えを必要とする理由として、地番という公法的境界と対世効を持ち出すかもしれない。しかし対世効といっても、この紛争の実態が当事者間の所有権の範囲をめぐるものであることを考えると、

公法的境界とか対世効ということが本当に必要であるかは疑問である。あるいは当事者の所有権に関係なく、公法的境界を定める必要があるとの反論があるかもしれない。しかしそれならば、それはもはや訴訟の問題でなく、行政の問題である。

このように境界確定訴訟の対象を公的境界と考えることに疑問があるが、判例・通説の形式的形成訴訟は訴訟の対象を公的境界としながら、当事者適格者として所有権者を持ち出して、所有権との調整をしているとも考えられる<sup>15)</sup>。しかしながら、時効取得の抗弁が提出されたときに、境界確定訴訟の範囲外であるとし、当事者適格でも時効取得によって影響されないと説く姿勢は、所有権との調整は中途半端であるし、便宜的であるとの印象は否定できない。あるいは時効取得で当事者適格が喪失しない理由として訴訟経済を主張するかもしれないが、訴訟経済というのであれば、時効取得によって所有権の範囲が明らかになつたにもかかわらず、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。また所有権との調整というのであれば、形式的形成訴訟においては既述のように、当事者適格は喪失するとの説の方が理論的である。つまり、形式的形成訴訟は訴訟経済や必要性を強調した結果、その基盤に問題が

あることを示すことになったといわざるをえない。

それならば境界確定訴訟を所有権境界確定訴訟と考えれば、問題は氷解するかというところでない。境界確定訴訟において非訟的な取扱いをせざるをえない点の説明は困難であるし、係争土地が未登記の場合に登記することを考えると、地番の境界を確定する必要性は認めざるをえないようにも思う。しかしながら、後者は登記の技術的問題であり、登記で解決すべきであって境界確定訴訟で考える必要はないともいえる。前者の非訟的な性質についてであるが、これをどのように根拠づけるかで、従来の所有権境界確定訴訟説は問題があることは率直に認めざるをえない。

しかし、解決策がないわけではない。訴訟でも非訟的な側面があることを強調するのが一般的な見解であるが、私見は形式的形成訴訟説との融合と役割分担ということに解決策を模索している。つまり所有権境界確定訴訟に立ちながら、限定的に形式的形成訴訟説を認めることによって、非訟的性質の問題は解決できると考えている。したがって形式的形成訴訟説による処理は、所有権境界確定訴訟説による処理ができなくなった段階で行うべきである。<sup>(16)</sup>

## 五 おわりに

本件について私見をまとめるならば、次のようになる。本件では関係する所有権確認訴訟も併せて提起されているので、境界線の②①は、確かにそれらの訴訟との関係で先決的關係であり、これについて確定しておく必要性は認められるかもしれない。しかし、この点について確定しなくとも所有権の境界が確定するならば、将来禍根を残すとは思えない。また境界が一方当事者の支配地域にあって、所有権の範囲と境界の範囲が一致していない場合に、当事者が境界線について真剣に争うことができるかは疑問であり、そのようなことから手続の正当性に疑問が生じるように思う。

なお境界確定訴訟に関しては新たな動きが看取されるが、<sup>(17)</sup> 当分の間は判例理論を基礎に処理されるであろうし、判例理論は確立されたと見えるので、簡単にその態度を改めることはないと思われる。そうであるにしても、事件は既に述べたような判例・通説の問題点を十分に考慮して処理されるべきである。

研究会では所有権の構成に軸を置いた私見に対して、公法上の境界を考える形式的形成訴訟を否定する必要はないし、所有権的構成の場合に非訟的処理方法の説明に問題が

あるとの批判や、法的性質論は説明のための議論で実益がないとの意見が表明された。

- (1) 加藤新太郎「判解」NBL五九六号三八頁(一九九六年)、大橋弘「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成七年(上)三三一頁以下(一九九八年)を参考にまとめた。
- (2) 高見進「判批」判例評論四四七号五一頁(一九九六年)。なお( )は筆者の加筆である。
- (3) 松山恒昭「境界確定の訴えの当事者適格」判例タイムズ五二二号四七頁(一九八四年)。
- (4) 高見・前掲注(2)五一頁。
- (5) 本判決に関する判例掲載誌の解説は、本判決についてこのような限界があることを指摘する(判例タイムズ一〇〇一号八六頁)。
- (6) 本判決に関する判例掲載誌の解説・前掲注(5)八六頁。
- (7) 本判決に関する判例掲載誌の解説・前掲注(5)八五頁。
- (8) 大橋・前掲注(1)三三四頁以下。
- (9) 小川健「判批」本誌五七巻一二号五八頁以下(一九八四年)、玉城勲「判批」私法リマックス一三三〇一三四頁以下(一九九六年)参照。
- (10) 境界確定訴訟の法的性質については、私は最近、「境界確定訴訟について」という論文を発表した(本誌七二巻一二号一五頁以下)。最近の学説の状況についてはこれに譲る。
- (11) 玉城・前掲注(9)二三五頁は、所有権的構成説から先行判例の問題点を指摘し、判例に反対して適格喪失説を支持する。なお本判決を紹介した民事法情報一五二二二頁のコメントは、「境界の位置にかかわらず、譲渡された甲土地の範囲が確定できるならば、あるいは甲、乙の境界の確定は不要であったともいえるかもしれない。しかし、譲渡された甲土地は乙土地と接しているのだから、甲土地の範囲を確定するには、結局、境界の確定が必要であるといえそうである」というものである。歯切れの悪さが感じられるが、その原因は、このような学説の状況を反映したものであろうか。
- (12) 坂原正夫「判批」判例タイムズ五〇五号二二八頁以下(一九八三年)。
- (13) 私見の詳細は拙稿・前掲注(10)二五頁以下参照。素描とはいえ、本来なら参考文献や私見と同趣旨の学説を引用すべきであるが、それらは前記拙稿に譲る。
- (14) 先行判例の事件は境界確定訴訟は単独で提起されたが、控訴審判決後の段階で新たに所有権に関する訴訟が提起され、「結局は紛争は二つの訴訟手続に分断されてしまった」(高見・前掲注(2)五二頁)。
- (15) 畑郁夫「判批」民商法雑誌九一巻二二〇四頁(一九八四年)、同・境界確定訴訟 新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』二一九頁(有斐閣、一九八八年、初出は一九八三

年)は、所有権者を適格者とするならば、形式的形成訴訟説は実態から遊離しているとの批判に対する防波堤になるとして、形式的形成訴訟説を積極的に擁護している。

(16) 拙稿・前掲注(10)三五頁以下参照。ここにおいて、私は段階的構造説を提唱した。

(17) 山本和彦「境界確定訴訟」判例タイムズ九八六号九六頁(一九九九年)は公法的な境界(いわゆる筆界)について、「少なくとも将来的には、行政庁の第一次的判断権を尊重して、行政処分→行政訴訟のルートによる立法をすることにも十分な合理性がある」と指摘している。さらに山本教授は、法学教室二二九号一三二頁(一九九九年)において、これによって「登記所が筆界についても専門的な知見を紛争解決にシステムティックに導入できるとともに、当事者にとっても簡易迅速な紛争解決が可能となる余地があります」と、その長所を述べている。

(平成二十二年一月三〇日)

坂原 正夫

