

2004 年(平成 16 年)7 月 7 日

法務省 民事局 御中

大 阪 弁 護 士 会
会 長 宮 崎 誠

意 見 書

先般、法務省民事局より、新たな土地境界確定制度の創設に関する要綱案と、同民事局民事第 2 課作成の「補足説明」(PDF)が公表された。

そして、法務省民事局は、上記要綱案の発表と同時に、今後この要綱案を検討をするにあたって参考にするため、要綱案に対する意見募集を求めている。

よって、当会は、要綱案に対する意見を以下に述べる。

第 1 結論

今回発表された法務省の要綱案(以下「要綱案」という。)は、現状の土地境界に関する争いが境界確定訴訟と所有権確認等請求訴訟の司法上の判断に委ねられていたものを、前者については、そのような訴訟を出来ない制度とし、これに代わって登記官による行政処分、後者についても法務局等内に設置される境界確定委員会において調停を可能にしようと言うもので、「抜本的」な新制度というべきであるが、これら新制度を創設すべき立法事実が認められず、かえって国民の裁判を受ける権利を制限するなどの憲法上の重大な問題点がある。

加えて、登記官は形式的書面審査権にその職務権限が限定されていたが、今回の「要綱案」の中で新設される境界確定登記官には実質的審査権を認めることになるなど、従前の登記制度を根本的に改変するものであり、指定される境界確定登記官の能力についても疑問がある。

また、私法上の所有権の範囲への影響も重大である。

よって、法務省の「要綱案」には反対である。

第 2 「要綱案」の根本的問題点

(1) 新制度を創設する「立法」事実が認められない。

ア 法務省民事局第二課作成の補足説明(以下「補足説明」という。)第 1 では、民事法務協会の「平成 11 年度 裁判外境界紛争解決制度に関する調査報告書(以下「平成 11 年報告」という。))」を引用し、現行の境界確定訴訟手続には、①訴訟の当事者が必ずしも境界について十分な資料を持ち合わせていない。②境界についての専門的知識を有する者が審理に関与する制度的な仕組みとなっていない。③登記手続との連携が図られていない等の問題点があることを指摘し、他方で、平成 15 年 6 月、都市再生本部(都市再生特別措置法第 3 条に基づき内閣に置かれた機関、本部長は内閣総理大臣)において、「民活と各省連携による地籍整備の推進」との

方針が示され、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べきであり、「今後、法務局が境界の確定等に関与して調査素図を迅速に正式な地図とするための法整備を行う」必要性に言及しているとし、「要綱案」は、これら状況を踏まえ、法務省民事局の委託を受けた「境界確定制度に関する研究会」における検討結果を取りまとめたものであるとしている。

イ しかしながら、現行の境界確定訴訟手続の問題点は、いずれの指摘も新制度創設の必要性を導くものとは評価できない。

問題点①の現行の境界確定訴訟の当事者が必ずしも境界について十分な資料を持ち合わせていないという理由も、隣接地間の境界確定の紛争が民事訴訟手続によって対処されてきた歴史的経過を度外視している。

現行の境界確定訴訟は、講学上、私法上の所有権の範囲を確定する所有権確認訴訟と区別されて形式的形成訴訟であると観念されていることは周知のところである。しかし、土地境界確定訴訟は、前掲の所有権確認訴訟と密接不可分な関係にあり、原告、被告という対立構造を前提とする民事訴訟手続をもって対処することが、紛争当事者の納得を得る一番合理的手法であるとの考え方に基づき、選択されてきた手続という歴史的経過が存する。

むしろ当事者構造をとらず、後述のように①境界不明②紛争なしのケースで、「要綱案」が目指すような職権的な行政処分がなされるとすれば、いたずらに相隣関係にひびが入り紛争を誘発することが懸念されるところである。

ウ 法務省（法務局）において、不動産登記法第 17 条に定める地図（以下、「17 条地図」という）を含めて境界に関する客観的資料を保有しているのであれば、『行政機関の保有する情報の公開に関する法律』（平成 11 年、法律第 42 号）等の諸法規に則り、手持ち資料の情報をより開示し、広く国民の利用し易い制度とすべきことが先決である。

法務省自らの手持ち資料が潤沢である事実をもって、国民のアクセスにかかる整備を履行せずして、新制度創設の根拠とする理論は認められない。

問題点②の境界に関する専門家の不関与の点についても、このことが新制度創設の理由に直ちに、結びつくものでないことは、自明のところである。

現行の土地境界確定訴訟手続の大部分は、代理人弁護士に関与のもと、土地家屋調査士に委嘱した現地測量図、法務局備付け図面の閲覧・謄写等により取得した公図、古図等の境界に関する資料が、書証として提出され、訴訟手続に反映されているのが常態である。従って、法務省の指摘する 2 番目の問題点も、法律専門職である弁護士、及び土地家屋調査士が関与している実態を無視しており、的を得た指摘とは到底言えない。

また、民事訴訟手続においては、審理に専門委員に関与させる手続（民訴法 92 条の 2 以下）があり、境界に関する専門家を関与させる制度も、現行法上活用が可能である。

現行の土地境界確定訴訟手続の中で、法務省（法務局）の境界に関する手持ち資料、登記実務に熟練した登記官の知識を、どのような方法で活用していくかの議論はされてしかるべきかも知れないが、少なくとも、その議論と、指定された登記官は境界確定ができるということとは、全く別問題である。

問題点③の理由である登記制度との連動について、境界確定訴訟手続における判決が、既存の法17条地図等の法務局備付けの登記関係資料等の整合性から、そのまま登記制度に実現できない事例があったことを否定するものではない。

しかしながら、行政機関である法務局が、裁判所の下した判決という司法判断を尊重することは三権分立からしても当然であり、法務局は下された判決内容を登記簿及び備付け地図上にできるだけ反映させるべく努力することが先決である。

現行の土地境界確定訴訟手続の判決と登記制度の連動は、検討すべき課題であるものの、民事訴訟において、専門委員としての法務局（登記官）の審理への関与などによって、克服することは可能である。

エ 又、「補足説明」が引用する平成11年報告は、境界確定について、「要綱案」と同様境界確定処分制度の導入を提言しているが、所有権確認訴訟については、立ち入らないと明言していた。然るに「要綱案」では、所有権に関する紛争についても境界確定委員会による調停手続きを行うことを構想している。このように引用されている法務省の内部あるいは委託された研究報告間の齟齬について何ら合理的説明がなされていないことも指摘せざるを得ないところである。

オ 当地大阪においては、弁護士会と土地家屋調査士会とが共宰して境界問題についてのADR制度を創設しているところである。

ところで、この制度は、本制度と同様、裁判所による境界確定手続が、時間がかかり、且つ当事者にとって高額な費用を要するという問題意識に立脚して創設されたものである。この制度は、弁護士と土地家屋調査士とが個別具体的な境界問題を当事者の申し立てを端緒として調停を進め、最終的には境界確定のために合意書を作成し、且つ地積更正や地図訂正などの登記関連手続きまで行うものであり、まさに、本制度の目的と同一の方向性を有するものである。そして、このADRは、法律の専門家である弁護士と境界の専門家である土地家屋調査士とがその専門性を活用し、所有者などの当事者に対して、資料に基づく説明と説得を通じて合意解決に至るという過程をたどる。ところが、本制度が創設された場合、このADRによって解決しようとした案件が、すべて登記官の処分にゆだねられるという事態に至る可能性がある。これは、本制度の手続上の疑義とあいまって、行政の側の必要性に対する一方的な判断を当事者に押し付けようとするものであり、到底国民の理解を得られるような手続とはいいがたい。

(2) 国民の裁判を受ける権利への影響

ア 境界確定訴訟が許されないのは国民の裁判を受ける権利を侵害する。

「要綱案」によると、境界確定登記官のなした境界確定については、行政不服審査法上の不服申立ては許されず、行政事件訴訟法第3条の取消訴訟等の抗告訴訟のみを提起することができるとされている〔「要綱案」中の第4 境界確定の手続 4の(3)〕。

「補足説明」(32)によれば、土地境界確定訴訟は形式的形成訴訟であり、比喩的にいえばいわば行政処分を判決の形式で行うものと説明されている例を挙げ、境界確定登記官の行政処分により境界確定を行う制度を創設した後は、現在の境

界確定訴訟を存続させる必要はなくなったとして、前掲抗告訴訟以外に、新制度創設後は境界確定訴訟自体も訴え提起ができないものとしている。

「要綱案」の構想では、現行の土地境界確定訴訟が、実態として所有権確認訴訟と密接不可分の関係にあることを無視し、国民の裁判を受ける権利を侵害する可能性が大である。

法務省自身も、その「補足説明」の境界確定の法的性質のところ、以下のよう

に説明している。

「補足説明」(5)『これ(注、境界確定登記官のなす境界確定)により、当該1筆の土地の所有者が当該1筆の土地に係る所有権の対抗力を主張することができる客観的限界・範囲が確定される。この場合において、当該1筆の土地の登記上の所有者が、当該土地の所有権を有する場合には、所有権を第三者に対抗することができる土地の客観的限界・範囲に変動が生じ得るから、境界確定は、国民の権利義務に影響を及ぼす行為といえる』

この説明によっても、「境界確定」は、土地の客観的な限界・範囲に変動を生じさせるものであって、国民の権利義務に影響がある行為であり、もはや、公法上の境界を確定するにとどまらず、土地所有者の所有権の範囲に実質的に影響を与えるものであることは、明らかである。

そして、土地所有者は、裁判手続(司法)によって、自らの所有権を有する土地の範囲を確定する選択肢が保障されなければならない。

法務省の「補足説明」によれば、新制度の創設以降は、土地境界確定訴訟は許されないとしていることからすると、重大な財産である土地に関し、国民の裁判を受ける権利を侵害する可能性が大である。

イ 権利救済の途が制約されている。

仮に、行政事件訴訟法第3条の取消訴訟しか不服の方法が認められないとすると、審理の対象は境界確定登記官の「裁量権の逸脱又は濫用の有無」に限定され、提出された意見陳述、資料提出の証拠評価の妥当性、境界確定の結論を導く上での合理性(経験則)等については、よほどでない限り審理の対象にすらならないものと思われる。

ウ 司法判断と行政判断の整合性が不十分である。

加えて、法務省は、私法上の所有権の範囲を確定する土地所有権確認訴訟は、別途今後も当事者が望む限り、自由に訴え提起できるという。

そうすると、土地所有者(国民)が裁判手続(司法)を選択して所有権確認訴訟の判決を取得した場合、法務局に備付けられた登記簿及び地図(ひいては境界確定登記官のなした境界確定処分)と異なる内容の結論がでた場合、判決内容がどのように登記制度に活かされるのか分明でない(境界確定登記官のなした境界確定処分は、公法上の境界である以上、判決内容に左右されないと考えているようであるが、一行政官の処分が、司法手続で是正されないということ自体許されない)。

即ち、新制度を創設するにあたっては、司法制度(既存の裁判手続)との整合性が、当然検討されなければならない。

しかるに、新制度には整合性にかかる対処方法(処置)が一切定められていない。

エ 登記官の従前の職務権限、行政型「ADR」主催者としての資質と能力担保について

- ① 「要綱案」によれば、指定された境界確定登記官は、当事者の申立等により、「土地の境界が明らかでない場合」に対して、境界確定の処分をなすことができるという（「要綱案」中の第4 境界確定手続 4(1)ア）。

これは指定された境界確定登記官に対して、実質的審査権を認めるものであり、現行登記制度の根本的変更である。

即ち、現行の不動産登記法上の登記官の権限は、通説的見解によれば、以下のとおりと理解されている。

『現行法下の登記官のなすべき審査は、だいたい書面審査のみに頼る消極的審査、とでもいうべきものである。このような性格のものをよぶのに、慣用されてきた「形式的審査主義」の語を用いてもよいであろうし、あるいは、窓口的審査主義といった言葉のほうがよいかもしれない。いずれにせよ、名称はともあれ、登記官の審査権限が右のようなものであることが社会的経験上もほぼ妥当であり、裁判的な実質審査主義を一般的に採用することが登記制度の機能や理想からみて妥当でないことも、すでにしばしば述べたところである。』（幾代通 有斐閣法律学全集 不動産登記法（第3版）p.165）

このように従前の登記官は、書面審理を原則とし、実体的権利関係の存否については消極的審査に徹していた。しかるに、境界確定登記官は、公法的境界とはいえ、境界紛争がその背後に密接不可分に私法上の所有権の範囲の争いが存在するにもかかわらず、裁判的な実質審査権をもって境界確定をすることになる。

なお、不動産登記法 50 条の实地調査権と、不動産の表示の登記の表題部に記載されるべき所有者（同法 78 条 8 号、91 条 1 項 6 条）にかかる審査権に仮託して、登記官には実質的審査権はもともと認められていたとの見解がある。

ここでも、通説的見解を引用する。

『やや微妙なのは、不動産の表示の登記において表題部に記載されるべき所有者（78 条 5 号・91 条 1 項 6 号など）の判定である。すなわち、表示の登記の申請人の提出する「所有者ヲ証スル書面」（80 条 2 項・93 条 2 項）によって一応推認しうる所有者と、实地調査（50 条）によって推認しうる所有者とが一致しない場合には、登記官はどちらに依拠して行動すべきか、である。もし、法 50 条の「調査」すなわち実質的審査とは不動産の物理的状況に関してのみ認められる、と解すべきものとすれば、当事者の申請どおりの者を所有者と記載する登記をなすべきである。これに対し、同条での実質的審査とは、およそ表示に関する登記に関する限りは、すべての事項・・・所有権の所在という、法律問題をも含めて・・・に及ぶ、と解すべきものとすれば、右設問の場合においては、登記官の实地調査の結果に合致するよう申請の補正を促し、応じなければ申請を却下すべきもの（49 条 10 号）ということになろう。』（幾代通 前掲 p.166）

このように登記官の実質的審査権を肯定する説を採用し得るとしても、「表示の登記の所有者欄」という登記実務のごくごく限られた範囲での実質的審査

権を根拠として、実体的な権利関係に重大な影響を及ぼす土地境界紛争の全てに、登記官が境界確定という実質的審査権を有するとの考え方には、かなりの無理があると考えられるものである。

司法試験に合格し、永年の裁判実務経験を有する裁判官でさえ、境界確定訴訟を難事件に分類している。にもかかわらず、境界確定登記官が、紛争当事者の主張を聴取し、これら当事者が納得する解決基準を示し得るとするのは、あまりにも飛躍がある。

いかに、将来的に研修制度を充実させていくとしても、個々の登記官の能力云々以前に、現行登記実務との整合性がないとの批難を免れない。

いかに当該境界が公法的境界とはいえ、当該境界紛争の背後には、密接不可分に私法上の所有権の範囲の争いが存在することを看過してはならない。現行登記制度、登記官の職務権限の変更については、前記した通説的見解を直ちに変更しなければならない立法事実がないことも既に指摘した。

登記官の権限範囲については、国民的議論が十分になされなければならない、拙速な改正は許されない。

個々の登記官の能力云々以前に、現行の登記官に実質的審査権に基づく境界確定という処分をなす能力を有するかについては、弁護士会のみならず、広く国民一般においても疑問を呈さざるを得ないであろう。

(3) 小括

以上のとおり、「要綱案」では、現行制度を抜本的に変更し、新制度を創設すべき立法事実認められず、加えて国民の裁判を受ける権利という憲法上の保障された権利を侵害する可能性すら指摘される。

加えて、新制度は、現行登記制度、登記官の職務権限を根本的に変更するものであるが、かような根本的変更を受容する国民的議論が十分になされているとは言い難く、新たな権限である実質的審査権を行使する能力が登記官にあること自体も、極めて根拠が薄弱である。

よって、「要綱案」には反対である。

第3 個別の問題点

以上のとおり、「要綱案」には重大な問題が含まれているが、個々の規定についても、以下に述べる問題が指摘され、制度全体として、十分な検討がなされていない。

以下、個別に指摘する。

(1) 職権による手続開始

「要綱案」中の第4 境界確定の手続の1の(2)において、職権による手続の開始が定められている。「補足説明」(15)によれば、「登記所が行う地図整備作業や地積調査の過程において境界確定をする必要があるとき等が考えられる」と説明されているが、まさに、本制度が17条地図の整備事業を念頭にしていることがいみじくも明らかにされている。

裁判手続ですら、申立(申請)行為なくして手続が開始されることがないにもかかわらず、境界紛争だけは別異に考えられるなど、およそ、合理的理由があるとも思われない。

(2) 公告及び通知等に関する手続

「要綱案」によれば、手続開始時の公告及び通知（「要綱案」中の第4の2）、境界確定の処分時の公告及び通知〔「要綱案」中の第4の4の(2)〕をそれぞれ定め、隣接する関係土地の登記名義人若しくは表題部所有者に通知する制度を置いている。

一見すれば、新制度によって影響を受ける隣接土地の所有者らに、当該制度の関与の機会を保障するものとも解され、手続保障（デュープロセス）に資するものと考えられる。しかし、手続の効率性に重点が置かれすぎており、実体的には所有権者でありながら登記名義を有していない真実の所有者に対する手当が全くなされていない。

一方で境界確定という手続は、登記官の実質的審査権に基づくことを強調しながら、他方で、手続保障の観点からは従前の形式的審査権を基準として当事者を恒定するのは、制度として不整合である。

「補足説明」にいう「手続の明確性、効率性」という観点のみで、登記名義人のみを申請権者とするという論拠は、境界確定という手続の重大性からみて、合理的、説得力があるものとはいえない。

(3) 境界確定委員会

「要綱案」においては、境界確定登記官は境界確定委員会に意見を求めなければならない〔「要綱案」第4.3の(1)〕とし、境界確定委員会が境界確定に関する実質的な調査権限を有する仕組みとなっている。

しかし、以下の諸点に問題を指摘できる。

ア 境界確定委員会の構成には、弁護士、土地家屋調査士の関与が認められているが、「等」が付されており、繰り返し述べるように、境界確定という国民の重大な財産に関する手続でありながら、弁護士が必ず構成員となる保障はなされていない。

また、境界確定委員会は、「要綱案」中の第4の3の(3)項の調査の結果を意見として提出することができるが、制度上、境界確定の結論に対して、当該意見がどの程度、尊重され、境界確定登記官を拘束するかについては、手続内に制度的保障がなされているとはいえない。

イ また、境界確定委員会に、「必要な限度で、他人の土地に立ち入り、測量又は実地調査をすることができる」と立入り調査権を肯認しているが、公法的境界の確定という公益的目的あるいは「必要な限度」とはいえ、「他人」の土地へ抽象的な理由で立入り調査権を認めることは乱暴な議論であっていきすぎである。紛争が顕在化し、場合によっては怨念化している土地境界紛争に、警察力の応援まで求めること自体、どこまで合理性があるか疑問である。

ウ 手続保障の観点から、関係土地の所有者（もしくは、所有権以外の権利の登記名義人を含む）には、意見陳述及び資料提出を行う権利が認められているが、当該意見陳述及び資料提出が、境界確定の処分結果にどのように反映されるか、「補足説明」でも触れられていない。

手続的保障を言うのであれば、公正、妥当な論議を導くためには、意見陳述及び資料提出の証拠評価方法が確立される必要があり、この点での処分権者（境界確定登記官）が全くの自由裁量が認められるのであれば、それは手続当事者に意見陳述及び資料提出の機会を形式的に認めたただけのことにすぎない。現行の土地

境界確定訴訟が民事訴訟手続に則つとり、結論（判決）の妥当性について三審制度をもって担保されていることの対比からして、手続当事者に単なる形式的意見陳述権、資料提出権を認めるだけで足りる等という立論は、およそ国民の納得は得られない。

また、これらの手続的保障が、登記名義人のみにしか認められず、登記名義を有しない真実の所有者には全く認められていない点も、デュープロセスの観点から問題であることも既述した。

エ また、3の(5)において、「調査の結果、関係土地の所有者間に所有権に関する紛争が明らかになったときは、当該紛争に関し調停をすることができる」と定めているものの、「調停」の内容は「補足説明」でも全く触れられておらず、付されるべき調停手続は分明にされておらず、制度として不完全である。

(4) 境界確定登記官

既述の問題点の外にも、以下の問題点を指摘できる。

境界確定登記官は、境界確定委員会の意見を「踏まえる」としか定められておらず[4の(1)のイ]、同委員会の意見に拘束される制度とはなっていない点も既述した。

公法的境界である以上、登記官（法務局）が独自に判断できる余地を残したいのであろうが、これでは、委員会の存在自体が形骸化する畏れが懸念される。

また、境界確定登記官は、申立人ら手続当事者の意見陳述と提出された資料、並びに、法務局備付けの17条地図等の境界に関する資料から、境界確定の処分をすることになるが、示された結論である「境界確定書」（4の(1)のウの注）には自ずと決定内容に対する合理的根拠が示されなければならない。

当該登記官の処分は行政処分として羈束行為となるのか、どの範囲まで裁量権が認められるのが制度上、明らかにされていない。不服審査を極端に制限する制度である以上、登記官の裁量権に一定の制約が付される必要があるが、これに対する説明は一切されていない。

(5) 除斥制度、代理

指定を受ける登記官は、法務局、支局、出張所の登記官であり、紛争土地と利害関係を有する場面が想定される。従って、裁判官、書記官と同様に、除斥、忌避、回避の制度が必要である。「要綱案」ではわずかに第3の注1. 及び「補足説明」（7）において、不動産登記法13条と同種の制度を設けるとしているが、不十分である。

また、本制度は、全国に多数散在する国有地についても、その適用が考えられるが、公務員たる地位にある登記官が、公平、中立な境界確定をすることを期待して良いのであろうか。

国賠訴訟における裁判官との対比において、新制度創設前に、登記官が国民の信頼を得る努力が裁判官と同じレベルで必要である。

また、新制度は、裁判外紛争解決制度としての性質も有する。従って、手続上、弁護士以外の一般人、もしくは、国家資格を有する者のうち、どの範囲までを代理人として手続参加を認めるのか、明らかにされなければならない。

紛争対象が不動産という財産的価値の高いものであることからすると、弁護士法72条の問題も十分に意識した規定を完備しなければ、無責任な代理行為の横行を許すことにもなりかねず、慎重な配慮が必要である。

第4 総括

「補足説明」の冒頭「1. はじめに」で述べられているところによれば、裁判手続である既存の境界確定訴訟は、境界紛争の機能を果たしていないといい、これらの問題点を克服するための新たな境界確定制度が必要であると、新制度の必要性を説明している。

前述のとおり、「補足説明」は都市再生本部において、平成15年6月「民活と各省連携による地籍整備の推進」との方針が示され、この方針について、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内容とするものであると位置づけ「今後、法務局が境界の確定等に関与して調査素図を迅速に正式な地図とするための法整備を行う」必要性に言及している。

「補足説明」で述べられている上記の背景事情は、不動産登記法第17条の地図の整備が遅々として進んでおらず、全国800ヶ所といわれる都市部を中心とした地図混乱地域の解消が、法務省、法務局の課せられた目標であって、17条地図の整備を推進するためには、法務省（法務局）は「要綱案」の新たな制度創設が不可欠であると考えていることが窺える。

そうすると、新制度は、「要綱案」の第1〔目的〕で定める『国民の権利の保全を図り、もって取引の安全と円滑に資することを目的とするもの』が、真実、第一義的に考えられていないのではないか、との疑念を払拭し得ない。

以 上