

《論 説》

フランス法における合意境界確定
——土地所有権界確定と不動産取引安全——

小 柳 春 一 郎

目次

はじめに

1. 合意境界確定の古典的意義：土地所有権界の確定
 - (1) 合意境界確定の性質
 - ア 合意境界確定の意義
 - イ 合意境界確定の方式
 - (2) 合意境界確定の要件と効果
 - ア 合意境界確定の要件
 - イ 合意境界確定の効果
2. 合意境界確定の現代的意義：不動産取引の安全
 - (1) 都市計画法典における境界確定等の義務
 - ア 2000年都市連帯・再生法（SRU法）に基づく都市計画法典改正
 - イ 都市連帯・再生法（SRU法）後における議論の展開
 - (2) 2008年11月フランス民法典物権法改正準備草案における境界確定
 - ア 物権法改正準備草案
 - イ 境界確定関連規定の特徴

おわりに

要旨

日本法では、境界確定訴訟は公法的存在としての筆界を定めるものとされ、境界確定訴訟のままでは当事者の合意による解決が難しい（最判昭和31年12月28日民集10巻12号1639頁等）。これに対して、フランス法の境界確定訴訟（action en bornage）は、通常の所有物返還訴訟（action en revendication、フランス法では確認訴訟としての要素も有する）とは区別されつつも、土地所有権界を

定めるものであり、それ故当事者の合意により境界を定める合意境界確定 (bornage amiable) も可能である。なお、フランス法では境界確定訴訟の確定判決があっても、その既判事項の権威は、後訴としての所有物返還訴訟提起を妨げないとされているのと同様に、合意境界確定があったとしても、その後所有物返還訴訟を提起しうる。こうした限界はあるが、境界確定は、私的土地所有権界を確定し、隣接土地所有者間の紛争解決の手段として理解されている (合意境界確定の古典的意義)。

また、土地売買契約において、面積担保免除特約 (clause de non garantie de contenance) が広く用いられていることへの対策として、2000年の都市連帯・再生法 (SRU法) に基づく都市計画法典改正が一定の土地売主に対して土地境界確定等の義務を課した (都市計画法典法律部分L.111-5-3条)。このため、境界確定は、不動産取引における買主保護のための制度としても期待されるようになった (合意境界確定の現代的意義)。しかし、境界確定義務等が売主の負担になると、円滑な土地取引の阻害要因にもなりうるため、合意境界確定促進策が必要とされている。2008年のフランス民法典物権法改正草案の境界確定規定は、一方では、古典的な境界確定法理を条文化しつつ、他方では、合意境界確定促進策として、測量専門家により対審的に境界確定案が作成された場合には、提示を受けた隣接土地所有者が6ヶ月以内に境界確定訴訟を提起しない限り確定的な境界とみなされるとの規定 (653条) を設け、現代的課題へも対応している。

はじめに

2008年に、筆者は、「フランス法における境界確定訴訟と土地所有権」(民商法雑誌138巻6号, 139巻1号, 以下「前稿」という。)でフランス法における境界確定訴訟 (action en bornage) について検討した¹⁾。これは、日本法の境界確定法

1) 拙稿「フランス法における境界確定訴訟と土地所有権 (1), (2完)」民商138巻6

理に関連して、とりわけフランス法との立ち入った比較が行われていなかったと考へての試みであるが、本稿はそれに続けて合意境界確定 (bornage amiable) について論ずる。

本稿の課題は、二つある。第一の課題は、前稿を補完し、フランス法の合意境界確定の基本的あり方を検討することである。筆者は、前稿で、フランスの境界確定訴訟法理は、通常の所有権確認訴訟とは区別されつつも、土地所有権界を定めるものであることを論じたが、紙面等の制約に配慮して、合意境界確定について詳しく論じていない。これを補完し、19世紀以来の、相隣者の土地所有権界の確定としての古典的な合意境界確定法理を明らかにする(合意境界確定の古典的意義)。

本稿の第二の課題は、近年のフランスにおける合意境界確定促進策の動きを検討することである。2000年に制定された都市連帯・再生法²⁾(SRU法, Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains) に基づく都市計画法典(Code de l'urbanisme)改正は、居住用建物建築のための土地の売主に対して土地境界確定等³⁾の義務を課し(法律部分L.111-5-3条)、その後の都市計画法改正も規制を強化している。これは、土地売買契約において、面積担保免除特約(clause de non garantie de contenance)が広く用いられ、

号, 139巻1号(2008年)。

2) 2000年に当時の社会党ジョスパン政権の下で制定された都市整備法である。連帯理念、持続的成長、民主制と地方分権の強化を特徴とする(H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, 6^e éd., 2008, n°50)。原田純孝「フランス都市法の新展開——連帯と参加のある持続可能な都市再生」原田純孝=大村謙二郎『現代都市法の新展開—持続可能な都市発展と住民参加—ドイツ・フランス』, 東京大学社会科学研究所研究シリーズ16号(2004年), 鳥海基樹「フランス2000年都市連帯・再生法と1990年代のパリ市の先駆性」同上書。

3) 境界確定等というやや回りくどい表現を使用したのは、①通常の土地の売主の場合には、境界確定義務はなく、境界確定があるか否かの情報提供義務であること、②画地分譲(Iotissement)等における売主の場合には、境界確定義務が課せられているが、しかし、後に見るように、それは大土地の分割であり、(一人でなしたものであり、対審性を欠く故に)民法典646条にいう境界確定ではないとの考へが非常に有力なことによる(後述2.(1)イ)。

買主に不利になっていることへの対策である。かくして、現代においては、境界確定は、不動産取引における買主保護又は取引安全のための制度としても期待されている(境界確定の現代的意義)。しかし、従来の境界確定法理を前提とする限り、境界確定訴訟は費用と時間が必要であり⁴⁾、また合意境界確定の実現も容易でなく、都市計画法典改正が不動産取引の阻害要因になりかねない。このため、境界確定とりわけ合意境界確定の促進策について議論がなされている。

2008年11月にアンリ・カピタン協会により発表されたフランス民法典物権法改正準備草案(avant-projet de la loi portant réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens⁵⁾、以下「準備草案」という。)は、一方では、古典的な境界確定法理を前提としつつ、他方で、合意境界確定促進に関する規定も存在する。逆に言えば、準備草案の内容を理解するには、古典的法理との関連及び現代的問題への対応という二つの側面から検討が必要である⁶⁾。

なお、日本法では、境界確定訴訟が公法的存在である筆界を確定することを目的としているため、最判昭和31年12月28日民集10巻12号1639頁が「境界とは

4) 筆者が、2007年にフランスのリヨン小審裁判所所長アンヌ・ウィオン(Anne WYON)判事に面会して、情報を得た例(同担当事件)では、提訴から判決言渡しまでで2年程度を必要としている(小柳・前掲注(1)論文民商139巻1号11頁注101)。なお、リヨンは、パリに次ぐ第2の都市であるが、パリの小審裁判所は、各アロンディスマンに散在するので、在籍裁判官の数では、リヨンがフランス最大級の小審裁判所であるとのことであった(小審裁判所について、山本和彦『フランスの司法』(有斐閣、1995年)213頁)。

5) 同準備草案は、アンリ・カピタン協会のサイト(<http://www.henricapitant.org/>)において閲覧可能である([http://www.henricapitant.org/spip.php?article 96](http://www.henricapitant.org/spip.php?article%2096))。

6) 境界確定の意義について、古典的意義と現代的意義とを考えるのは、S. PAUL-LECONTE, « Pour une modernisation du bornage », http://213.182.37.101/docs/congres/18_M_6.pdfに従った。同論文は、「古典的には、境界確定は、私的所有権界確定の仕組みであり、その土地の境界の位置を保障し、その面積を定める。土地の境界を保障することにより、境界確定は、不動産取引安全の保障に貢献する。かくして、SRU法は、建築用地取得者の保護のための規定として境界確定についても規定した。」と指摘している。

異筆の土地の間の境界で……, かかる境界は……客観的に固有するものというべく, 当事者の合意によつて変更処分し得ない」とするなど, 境界確定における合意の位置付けは簡単ではない⁷⁾。これに対し, フランス法の境界確定訴訟 (action en bornage) は, 所有物返還訴訟 (action en revendication) と区別されつつ, 所有権界を定めることをその目的としているが故に, 合意境界確定も可能である。また, フランス法においては境界確定の問題は, 民法典を出発点にししながら, 境界確定訴訟では民事訴訟法と深い関係を持ち, 合意境界確定では不動産取引法のみならず都市計画法などの公法との関連でも論じられている。本稿のねらいは, こうしたフランス法での境界確定の問題の広がりをも具体的に考察することで, 日本法の今後のあり方を考えるための手がかりを提供することにある。

以下では, 本稿の二つの課題に対応して, まず, 古典的な合意境界確定の法理について検討を行い (1 合意境界確定の古典的意義: 土地所有権界の確定), その後, 民法物権法改正原案を含めた近時の合意境界確定促進策について論ずる (2 合意境界確定の現代的意義: 不動産取引の安全)。

1. 合意境界確定の古典的意義: 土地所有権界の確定

ここでは, 合意境界確定の性質について検討した後に ((1) 合意境界確定の性質), 合意境界確定の要件及び効果について論ずる ((2) 合意境界確定の要件と効果)。

(1) 合意境界確定の性質

境界確定の出発点となるのは, 民法典646条であり, 次のように規定する。

7) 訴訟実務では, 所有権については合意により解決できることを利して訴えを所有権確認に変更して和解するなどの方策が採用されている (奈良次郎『形式的形成訴訟』の特色についての考察』判タ908号 (1996年) 10頁, 安藤一郎『境界の合意』同編『現代裁判法大系5 私道・境界』(1993年, 青林書院新社) 314頁)。

民法典646条「所有者は、その相隣者に対して、土地の境界確定を求めることができる。境界確定の費用は、共同の負担とする。(Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.)」

合意境界確定は、境界確定訴訟と並ぶ境界（所有権界）を定めるための手段である⁸⁾。フランス境界確定訴訟は、所有権の範囲・限界を争うための訴訟であり、筆界ではなく、所有権の範囲が定められる⁹⁾。このため、合意による解決が可能であり（ア 合意境界確定の意義）、現在では、測量専門家（géomètre-expert）がそれに関与する（イ 合意境界確定の方式）。

8) 物権法を論ずる民法体系書・教科書は、必ずといってよいほど境界確定（bornage）に言及する。比較的近年のものとして、J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2000, n°158 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil : Les biens*, 7^e éd., 2006, n°277 ; Y. STRICKLER, *Les biens*, 2006, n°235 ; G. CORNU, *Droit civil : Les biens*, 13^e éd., 2007. もっとも、特に合意境界確定の古典的意義については、これらの論者で大きな議論の対立があるわけではない。記述が豊富で多くの具体的問題を扱っている文献として、19世紀の文献として、v° « Bornage », *Répertoire général alphabétique du droit français*, sous la direction d'E. FUZIER-HERMAN et al., t. 8^e, 1891 ; v° « Bornage », *Pandectes françaises : nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, sous la direction de RIVIÈRE et al., t.13, 1893 があり、近年の文献としては、G. MÉMETEAU, « Servitudes dérivant de la situation des lieux : Bornage », *Juris-Classeur civil : Art. 646 (Fasc. 20)*, 2002 ; C. ATIAS, « Bornage », *Répertoire de droit civil*, 2005 がある。書式などにも配慮した実務書として、M. MILLET, *Traité théorique et pratique du bornage*, 3^e éd., 1862 ; É. RAVIART, *Traité théorique et pratique du bornage*, 1909 ; F. DANGER, *Le bornage*, 12^e éd., 1973 がある。もっとも、これらの実務書は、治安判事を主たる読者としていたためであろうが、境界確定訴訟について多くのページを割いている。

9) 境界確定と囲障建築（clôture）との区別が問題になるが、両者は、土地所有権の範囲を明らかにすると言う点では共通であるが、第一に囲障建築の場合には一方的に行う（自己の所有権の範囲について建築をなす）のに対して、境界確定は対審的である。第二に、囲障建築については都市計画等の規制を受けるのに対して、境界確定に基づく境界標はそうでないことが指摘しうる（M. PLANIOL, G. RIPERT et M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français : Les biens*, 1952, n°433 ; MÉMETEAU, *supra* (note 8), n°4）。

ア 合意境界確定の意義

(ア) 境界確定と所有権

19世紀の代表的民法学者であり、注釈学派の王とよばれたドゥモロンブ(A. DEMOLOMBE)は、境界確定について次のように述べ、その議論はその後も基本的に継承されている。

「境界確定訴権の目的は、隣接する土地所有権の限界を、確定的に明らかにし、各所有権がどこで始まり、終わるかを明確にし、それを以て、意図的なかたちによせよ意図せざるかたちにせよ、おこるべき越境を防止することである。¹⁰⁾」

ドゥモロンブは、これに続けて、「境界確定訴権は、所有権そのものに内在している。」と述べ、土地の境界が不明確になることは、ありがちなことであり、それは共有が困難と訴訟の原因になるのと同様であることも指摘し、境界確定訴権は、共有物分割訴権と同様に、私益のみならず社会の一般的利益にも合致する制度であるとしている。ドゥモロンブは、境界確定と所有権との密接な関連性故に、境界確定には二つの特質があるとしている。第一に、境界確定訴権は時効にかからないという点、第二に土地所有者は一方的にせよ、又は双方向的にせよ、境界確定訴権を放棄できないという点である。前者に関連して、「境界確定は、所有権の本質的特性である」と指摘している¹¹⁾。

(イ) 境界確定の意義

所有権に関する問題であれば、当事者が合意により解決しうることになる。それ故、ドゥモロンブは、境界確定には、裁判による境界確定(bornage judiciaire)と当事者の合意による境界確定(bornage amiable)があることを論じ、次のように述べる。

「両当事者は、境界について合意をなすことが可能である。その場合に

10) A.DEMOLOMBE, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 3^e éd., 1863, n°240.

11) DEMOLOMBE, *op.cit.*, n°241.

は、裁判所に提訴する必要はなく、合意に基づき境界標を設置し、境界確定調書を作成する。また、両当事者に識字能力がない場合には (si elles ne savent pas écrire), 両当事者は、治安判事 (juge de paix) のもとへ共同出頭をなすことができ、この場合には公証人証書作成の費用を節約できる。」¹²⁾

ここでは、合意境界確定の意義を費用の点から捉えている。しかも、ドウモロンブは、紛争当事者が識字能力を欠く場合について言及している。これは、19世紀中葉当時では境界確定が農村に密接に結びついた問題であったためである。そもそも、19世紀フランスにおいては、とりわけ農村社会には必ずしも十分な識字能力がなかった。例えば、婚姻に際し「1876年の署名率は、農村部が67%」であった(フランス全土では、72%)。これは、婚姻適齢期の世代の数字であり、一般に識字は若年期の教育により獲得される能力で成年期以降の識字能力獲得は社会的に見れば例外的であるとされているから、一定年齢以上の農民は識字が十分でないこともしばしばであったと推定される¹³⁾。なお、境界確定訴訟の専属管轄を有したのは、全国約3000のカントン(小郡)に各1名配置された治安判事(juge de paix)であった。治安判事は、境界確定訴訟について価額にかかわらず専属管轄を有していた。始審裁判所以上の裁判官と異なり、治安判事は、19世紀を通じて満30歳以上、フランス国籍、行為能力享有が任命要件であり、法的素養は要件でなかった¹⁴⁾。また、フランスの裁判官の身分保

12) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°244.他にも多くの文献が合意境界確定について論じているが、最近で詳細なのは、MÉMETEAU, *supra* (note 8), n°9 à 31 である。

13) 宮下志朗『本を読むデモクラシー―読者大衆の出現』(刀水書房, 2008年) 12頁。エマニュエル・トッド(石崎晴己訳)『新ヨーロッパ大全Ⅰ』(藤原書店, 1992年) 170頁。

14) 治安判事について、制度創設当初は選挙制度があった(優れた個別研究として、稲本洋之助「フランス革命初期における治安判事の創設(1),(2)」社会科学研究(東大) 25巻2号, 3号(1973年)), 1814年以降は、王、大統領などによる任命制になった。実際には政治家の後押しが重要であった。例えば、アンリ・ロベール(1863-1936, 刑事弁護士として著名であり、1913から1919年までパリ弁護士会長, 1924年からアカデミー・フランセーズ会員)が、治安判事論の序文の中で、次のように述べている。「ひとたび職に任じられたならば、治安判事は、手助けをしてくれた議員のことを忘れなければならない。すべ

障として、著名な不可動性の保障が存在したが、治安判事には、20世紀中盤に至るまで、この不可動性の保障がなかった¹⁵⁾。

19世紀フランスに関する限り、識字能力が十分でない人も相当存在したわけであるから、治安判事が必ずしも法学の学識を有していたわけではないとして不思議でない。法学者であるドゥモロンブは、ラテン語やローマ法にまで多くの知識を有していたから、その間の知的距離は大きかった。ドゥモロンブは、そのことについて自覚し、その上で治安判事の関与による合意境界確定の意義を位置付けていたことになる。これに対して、最近では、合意による境界確定は、訴訟に比べて費用が低廉で、時間もかからず、また、その後の境界確定訴訟を避けうるために有効な手段とされている¹⁶⁾。そしてその際、測量専門家の関与がなされている。

なお、他方隣接所有者が合意境界確定を拒絶したため、境界確定訴訟提起に選択せざるを得ず、その結果として費用のかかった所有者が損害賠償を請求したが斥けられた裁判例があり、合意境界確定を進めることについて同意しなくても、そのことを以て不法行為には該当しないとされる¹⁷⁾ (CA Nancy, 4 mai 2000, JCP 2001.IV.1961, JURISDATA n°2000-130683¹⁸⁾)。民法典646条が、所有者は、その相

ての政治的配慮を遠ざけなければならない。治安判事にとって、恩知らずであることが、資質となる (Pour lui, l'ingratitude devient une qualité.....)。] (H. ROBERT, « Avant-propos », in, H. MEUNIER, *Le juge de paix*, 1925, p.11)。

15) É. GODART, *Manuel pratique des juges de paix et de leurs suppléants : guide de l'aspirant juge de paix*, t.1^{er}, 1903, n°1. 例えば、1814年憲法憲章は、58条で「国王により任命される裁判官は、罷免されない。」と規定しつつ、61条で「治安裁判所の制度も維持される。治安判事は、たとえ国王により任命されようとも、罷免することができる。」として、治安判事と始審裁判所以上の裁判官とで明確に区別をした (中村義孝編訳『フランス憲法史集成』(法律文化社, 2003年) 128頁)。

16) DANGER, *supra* (note 8), n°26; BERGEL et al., *supra* (note 8), n°158; TERRÉ et SIMLER, *supra* (note 8), n°277; STRICKLER, *supra* (note 8), n°235.

17) CORNU, *supra* (note 8), p.196 note 27; *JurisClasseur*, civil, Fasc. 100: SERVITUDES.- Servitudes dérivant de la situation des lieux.- Délimitation des propriétés.- Bornage (Mise à jour), n°3.

18) 「被告が合意境界に反対したからといって、原告に損害を被らせるようなフォートとなる訳ではない」との判示がある。

隣者に対して、土地の境界確定を請求できると規定しているが、それは、相隣者に合意境界確定に応ずることを義務付けている訳ではないことになる。

以上のように、フランス法では、訴訟提起前であっても提起後であっても、合意による解決が可能であるし、合意境界確定があれば、その後境界確定訴訟提起をなしえない。この点は、日本の境界確定法理とは異なる点である。

イ 合意境界確定の方式

(ア) 対審性

合意境界確定は、契約としての性質を有するとされ、一方的・片面的になすことは許されず、「対審的なもの (contradictoire)」でなければならない¹⁹⁾。

「contradictoire」とは、山口俊夫編『フランス法辞典』（東大出版会，2002年）によれば「対審による，討論の行われる◇すべての利害関係人を対立関与させて行う審理についていう」という意味であるが，この場合は訴訟ではないため，意味を追求すれば，《利害関係人が対立的に関与したものであること》となる。民法典646条は所有者と相隣者という二人の異なった土地所有者を前提としているのであり，境界確定の対審性の根拠となる。

合意境界確定について特定の法的規制はなく，その様式についても法律に特別の規定が存在しない。例えば，破毀院民事第3部1968年2月16日判決（Cass. civ. 3^e, 16 févr. 1968, Bull. civ., III, n° 64）は，次のように述べている。

「しかし，鑑みるに，境界確定は，両所有者の相互の合意によりなし得るが，その場合の合意の形式については，法律は特定の規制を設けていない（une convention que la loi n'a soumise à aucune forme particulière）。それ故，一方では，第2審の判事が，自らに提出された証拠を評価して事実認定を行う権限を有しているのであるから，1935年10月28日にブシュグ測量専門家により作成され，関係する両当事者が署名をした地図を以て真正の境界確定調書（un véritable procès-verbal de bornage）であると判断

19) MÉMETEAU, *supra* (note 8), n° 9.

し、この地図が当該筆について面積の確定権原になるのみならず、その境界についてその長さに関するまでも確定権原となるとし、その理由について測量専門家が注意を払って複数の境界線がなす角度についても記載していることをあげているが、それもまた事実認定の権限内に属する。」

なお、裁判による境界確定に際しても合意境界確定の試みは重要であった。1958年の司法制度改革でその制度自体を廃止されるまで境界確定訴訟を担当していた治安判事は、合意による境界確定を目指していた。そもそも、1806年のフランス民事訴訟法典は、訴え提起前に和解の試みをなすことが規定されており、治安判事の第一の職務は和解とされていた。この和解による解決には合意による境界確定も含まれた。また、前稿で論じたように、特定地片についての所有権が争われるようになると、所有物返還訴訟となり、治安判事の管轄は失われることになったが、しかし、その場合でも治安判事が和解を試みることはやはりなされていた²⁰⁾。なお、新民事訴訟法典の下においても、価額にかかわらず境界確定訴訟は小審裁判所の管轄であるが、和解勧誘がなされる(新民事訴訟法典840条「裁判官は、当事者を和解させるよう努めるものとする。和解の勧誘は、裁判官の執務室で行うことができる。」)。

(イ) 一般的な形式

現在では、通常、測量専門家の助力を得て境界確定調書 (procès-verbal d'abornement ou procès-verbal de bornage) が作成され²¹⁾、合意境界確定は、次のように行われる²²⁾。まず、境界確定調書の作成は、測量専門家団体登録測量専

20) 小柳・前掲注(1)論文民商138巻6号711頁。

21) TERRÉ et SIMLER, *supra* (note 8), n° 277. もっとも、測量専門家の関与は義務的ではない (ATIAS, *supra* (note 8), n° 76)。

22) T. DELESALLE et O. HERRNBERGER, « Les pièges du bornage », *JCP. N.* 2003, n° 10, 1197. ほぼ同一の内容が, T. DELESALLE et O. HERRNBERGER, « La période précontractuelle : Les actes préparatoires », in, Notaires de France, *La vente d'immeuble : sécurité et transparence*, 99° Congrès des Notaires de France, 25-28 mai 2003, 2003, n°

門家 (géomètre expert inscrit à l'Ordre) に委ねられる。測量専門家は、この業務をなし得る唯一の専門職であり (測量専門家団体についての1946年5月7日法律5条)、顧客と請負契約を締結する²³⁾。境界確定調書の作成には①境界の具体化 (la matérialisation de la limite)、②境界調書への署名 (la signature d'un procès-verbal d'abornement)、③境界確定地図の作成 (la confection d'un plan du bornage)、④データベース (AURIGE) への登録 (la publication dans le fichier national, AURIGE) という4つの段階がある。

①は、測量専門家が、所有権証書又は関連証書、土地状態を示す書類、場所の状況及び占有状況、有識者の意見、地方慣例、過去の又は現在の地籍等の事実推認書類などを参照しつつ、どこに境界があるかを探索する作業である。境界の位置が確定すれば、それを明示する標識を設置する。

②は、境界確定調書への署名であり、測量専門家は隣接土地所有者に署名をさせる。これがない単なる地図や境界標設置は対審性の要件を満たさないことになるため、境界確定に値しないから、これが最も重要である。調書には、氏名、生年月日、生誕地などの本人特定情報も提供される。さらに、土地の地籍との関係、境界についての正確な記述、境界標の特徴、更にはAURIGEへの登録に関する情報などが記されている。なお、この際、一方当事者又は双方の当事者が合意境界確定調書の署名を拒絶した場合には、測量専門家は、従来の調査をまとめて「困難調書 (procès-verbal de carence ou de difficulté)」を作成し、境界確定訴訟提起が可能であることを伝達する²⁴⁾。

③は、②に基づき作成された境界標を図形化したものである。測量専門家団体規則によれば、この地図は正確且つ明確なものでなければならず、また、参

1017-n° 1036 として第99回公証人大会の記録集に掲載されている。引用は、前者により行う。

23) G. LIET-VEAUX, « Géomètre-expert : Exercice de la profession », *JurisClasseur Géomètre expert-Foncier*, Fasc. 20, 2005, n° 2.

24) « Directives du conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts valant règles de l'art.- Directives pour le bornage et le descriptif adoptées le 5 mars 2002 », 2002, *JurisClasseur Géomètre expert-Foncier*, V° Textes, Fasc. 3, n° 6.

考のために地籍上の線も記載される。

④に関して、AURIGEは、測量専門家統一データベース(Archives Unifiées des Répertoires Informatiques des Géomètres-Experts)の略称である。測量専門家とその業務に関する1996年5月31日デクレ(Décret n°96-478 du 31 mai 1996 portant règlement de la profession de géomètre-expert et code des devoirs professionnels)56条に基づき、測量専門家は、自らの成果について専門家集団のデータベースへの登録が義務付けられている。AURIGEは、団体所属の測量専門家により検索が可能であり、情報の永久性を特徴としており、境界確定がなされているか否か検索でき、また、現物としての境界標が失われても復元が可能である。

なお、合意境界確定と登記の関係が問題になる。後に述べるように、合意境界確定もまた確定した境界確定判決も登記をなすことができ、フランスにおける登記所にあたる抵当権保存所に通知し、それに基づき地籍(cadastre)の変更すなわち日本風にいえば筆界の変更がなされうる²⁵⁾。しかし、登記については、次のような指摘がある。

「学説の中には、境界確定は、その位置を明示し、また、第三者に対抗しうるようにするために、登記されるべきであると述べるものがある²⁶⁾。しかし、実際には、この手続は滅多に実行されないことがわかる

25) ATIAS, *supra* (note 8), n°85.

26) このように述べる際に、S. PÉRIGNON, « Le bornage des terrains à bâtir », *Defrénois*, 2002, art.37462を引用している。たしかに、同論文は、「境界確定調書があることをどのように知ることができるか?通説的見解は、合意にせよ訴訟によるものにせよ境界確定調書は、抵当権保存所に登記されねばならず、それにより第三者に対抗しうるものとなるとしている。しかし、実際には、登記することができない私署証書による境界確定調書がしばしばある。この場合にはAURIGEに参照を求めることになる。これは、測量専門家団体の情報データベースであり、フランスにおいて実施された総ての境界確定について記録することを目的としている」と述べている(n°5)。これは、後に見るように、対抗不能を制裁とした義務的登記が境界確定にも適用されるという意味を述べているようにも見えるが、そのように解することは後述のように、(土地交換のない単純な境界確定は、情動的登記に服するだけであるから)登記法に反することになるため、より一般的に登記しておいた方が安心だという程度の意味ではないかと考えられる。

(En pratique, il s'avère que cette formalité est très rarement réalisée)。その理由は技術的な問題であり、登記をなすには、公証人が土地の両当事者を再びその面前に呼出し、そこで登記書類を作成しそこに承認署名を必要とするところ、この両当事者を境界確定調書後あらためて呼ぶことは簡単ではない。というのも、隣接地所有者が隣接して居住しているわけでもなく、また、必ずしも、こうした手続をなすだけの利害状況にあるわけではないからである。²⁷⁾

この問題の解決策として、測量専門家が境界確定調書を作成する際に、公証人がそこに現れて、一挙に関連書類を作成することも考えられるとしつつ、結局、測量専門家は境界確定調書の作成後に地図を作成することになるから、やはりこのような当事者が二度の署名をなすという手間を避けることは難しいとも指摘している。

以上のように、合意境界確定は登記されないのが通例だということになるとすると、登記なくして第三者に対して対抗しうるかが問題になるが、これは合意境界確定の効果の項目で論ずる（先回りして結論を言えば、登記なくして対抗しうる）。

(2) 合意境界確定の要件と効果

ここでは、合意境界確定の要件について論じた後（ア 合意境界確定の要件）、その効果について論ずる（イ 合意境界確定の効果）。

ア 合意境界確定の要件

境界確定合意は契約の一種とされる。ひとたび有効に作成された境界確定合意は、錯誤、詐欺などの理由がない限りその効力を奪われることはない。なか

27) DELESALLE et HERRNBERGER, *supra* (note 22), p.390.これについて、測量専門家である（2008年に発表された物権法改正準備草案起草に測量専門家を代表して参加した）マズイエによる論文でも、「不幸なことに、境界確定の登記は、大変まれである」と論じ、同様の理由を挙げる（F. MAZUYER, « Les chemins sinueux de la garantie du terrain »; *Études foncières*, n° 93, septembre octobre, 2001, p.29）。

でも問題は、錯誤の場合である。合意境界確定は一般に和解と理解され((ア) 合意境界確定と和解)、その結果契約一般の場合よりも錯誤の成立が制限されているが(法律の錯誤の排除)、しかし、事前の合意境界確定の存在を知らなかったときは、やはり錯誤により合意が無効になる((イ) 合意境界確定と錯誤)。

(ア) 合意境界確定と和解

多くの裁判例は、合意境界確定を和解として理解している²⁸⁾。和解については、フランス民法典2044条1項が「和解は、当事者が既に生じた争いを終了させ、又は将来生ずる争いを予防する契約である。」、2045条が「和解を行うには和解に含まれる目的物を処分する能力を有しなければならない」と規定している。そして、合意境界確定は、将来の紛争を防止するということからも和解としての理解になじむ²⁹⁾。

なお、2044条は、互譲について言及していないが、判例や学説は和解に互譲が必要であるとしている。この互譲は極めてわずかなものでも譲歩とされる³⁰⁾。しかし、互譲がないときには和解とならない。メムト教授も、「和解としての性質決定をすべての合意境界確定に与えることは適当ではない。境界確定合意が和解になるのは、一般法理に従い、当事者に互譲がある場合だけであ

28) MÉMETEAU, *supra* (note 8), n° 10.

29) なお、破毀院民事3部1995年12月20日判決(Cass.civ.3°, 20 déc. 1995, n° de pourvoi: 93-21326, <http://www.legifrance.gouv.fr/>)は、境界確定訴訟を提起した原告に対して、被告が既に合意境界確定がなされていると主張し、控訴院も原告の訴えを斥けた。これに対し、原告は、破毀申立て理由において、前の境界確定合意は、境界確定調書への署名がない、前の境界確定合意には訴訟を消滅させるという要素がなく、和解の要件を欠くと主張し、「和解ではないのであるから、境界合意の無効は契約一般の法理に従う」と論じた。破毀院は、「境界確定の和解としての性格はさておき」、1970年の合意は測量専門家の作成した証書があり、また、それによって境界標が設置されていることを論じ、既に境界確定合意がある以上、改めて境界確定訴訟を提起し得ないとし、破毀申立てを斥けた。

30) P. MALAURIE, L. AYNÈS et, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux : Droit civil, 2004*, n° 1103.

る」と述べている³¹⁾。例えば、あらかじめ確実な証書に従って境界標設置だけを行うことを約する場合などは和解にならない例である。

(イ) 合意境界確定と錯誤

合意境界と錯誤について、ドゥモロンブは、次のように述べている。

「境界確定は、当事者の合意によりなされた場合もある。このときの一般的なあり方は、境界確定合意が両当事者にとっての法律となり、いずれの当事者も、再び自らに有利な境界線を求めて争うことはできないことになる。もっとも、例外はあり、合意が錯誤により効力を奪われる場合がある。たとえば、境界確定調書が過去に存在していたが、しかし、両当事者ともにこれに気づかずにいる場合である。この場合は、新しい境界確定合意は、目的もコースもないことになり、効力を有さない。³²⁾」

近年でも、例えば、アティアス教授は、従前の境界確定の結果が見いだされた場合には、それを知らないでなされた境界確定合意は錯誤無効になりうると述べている。

「境界確定は、境界が定められていないことを前提としている。それ故、隣接する土地の間での境界確定合意が成立した後に、それ以前の境界確定に基づいた境界標が発見されたときは、境界確定合意は、錯誤による無効とされうる（ドゥエ控訴院1848年2月21日判決（CA, Douai, 21 févr. 1848.D.49.2.48, トゥールーズ控訴院1929年11月22日判決（CA, Toulouse, 22 nov. 1929, Gaz.Pal. 1929.2.981）。なお、境界確定合意は、和解としての性格を有するため、錯誤無効となるには、事実の錯誤（*erreur de fait*）であることが必要である（フランス民法典2052条2項, 2053条1項）。³³⁾」

ここで言及されているドゥエ控訴院1848年2月21日判決（CA, Douai, 21 févr. 1848.D.49.2.48）は、原告が境界確定訴訟を治安判事のもとに提起し、その後、

31) MÉMETEAU, *supra* (note 8), n° 13.

32) DEMOLOMBE, *supra* (note 10), n° 280.

33) ATIAS, *supra* (note 8), n° 8.

境界確定合意が成立し、境界標設置を行っていたところ、旧境界標が発見されたため、原告が境界標のそれ以上の設置を拒絶し、治安判事の前でなした境界確定合意には錯誤があるとしてその無効を主張した事案である。被告は、錯誤無効は、フランス民法典1110条（「錯誤は、それが合意の目的物の実体そのもの (la substance même de la chose) にかかわるときでなければ、その無効の原因でない。」）が規定するように目的物の実体そのものに錯誤があるときにしか成立しないが、この場合はそれに該当しないと主張したが、原審にあたるヴァランシエンヌ民事始審裁判所は錯誤無効を認め、ドゥエ控訴院もまた、次のように述べている。

「鑑みるに、両当事者が治安判事の提案した境界確定案に同意した時には、それ以前に存在した境界標の存在を知らず、合意の後になって境界標が発見されたのである。それゆえ、そうした不知の状況下でなした合意には、事実の錯誤 (erreur de fait) があり、それ故、合意の無効をもたらさう。」

もう一つのトゥールーズ控訴院1929年11月22日判決 (CA, Toulouse, 22 nov. 1929, Gaz. Pal. 1929.2.981) は、先に引用した1848年判決とは異なり、1926年に締結された境界確定合意について、それが自分の有する証書と異なることを理由にして錯誤により無効と主張する原告に対して、控訴院は、「錯誤無効の主張は、極めて古い日付を有する自分の権原証書が境界確定合意にくらべて広い面積を示しているというだけの理由に基づいているが、認容することはできない。というのも、証書に示された土地面積は、実際の面積と一致していないし、極めて不確かな根拠にしかならない。」と述べている。この判決の無名評釈は、先のドゥエ控訴院1848年2月21日判決を引用しながら、境界確定合意が錯誤無効となるには、事実の錯誤でなければならないとして、先の1848年判決を引用しているため、これに関連する裁判例とされたと考えられる。

フランス民法典においては、錯誤の一般規定である1110条が「合意の目的物の実体そのもの (la substance même de la chose)」に関わる錯誤を合意無効の原因とするが、和解においては、「和解は、法律の錯誤 (erreur de droit) 又は損害を原因として攻撃することができない。」(2052条2項) という制限規定があ

る³⁴⁾。もっとも、「ただし、和解は、人又は争いの対象に錯誤があるときは (lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation), 取り消すことができる。」(2053条1項)という規定がこれに続き、無効証書の履行としての和解は取り消しうるとし(2054条)、偽造証書に基づく和解(2055条)、既判事項の権威を生じた判決により終了した訴訟についての和解(2056条)は、無効とされている。かくして、和解では、法律の錯誤による和解は無効とされないが、人又は争いの対象などに関する事実の錯誤 (erreur de fait) に基づく合意の無効を主張することが許される。これについて、ヴォー学部長は、次のように述べている。

「刑法定典には、法律の不知はこれを許さずとの古い法格言があるが、民法典は、それに従っていない。民法典1110条によれば、法律の錯誤は、事実の錯誤と同様に契約の無効をもたらす。しかし、和解では事情が異なる。2052条2項が、和解は法律の錯誤を原因として攻撃することができないと規定しているからである。その理由は、容易に理解しうる。和解では、当事者が処分しうる権利についてのみこれをなすのであり、和

34) A. BÉNABENT, *Droit civil : Les contrats spéciaux*, 7^e éd., 2006, n° 1013. もっとも、実際には、法律の複雑さ等を理由に、和解においても法律の錯誤でも無効を認めることがあるとの指摘もある (D. VEAUX, « Transaction-Conditions », *JurisClasseur Civil*, Art. 2044 à 2058, Fasc. 30, 1995, n° 42)。なお、江藤价泰「フランス民法典における和解概念の成立」同『フランス民事訴訟法研究—当事者主義的民事訴訟法の一断面』(日本評論社, 1988年), 田村耀郎「和解の「確定効」——梅「和解論」の今日における意義」*島大法学*35巻4号(1992年)41頁。なお、日本法における和解と錯誤について、次のような理解が一般的である。「和解も一種の有償・双務契約として、錯誤の規定(95条)が適用される。然し、当事者が、争い、互譲し、確定した事項自体については、たとい真実とくい違っている、錯誤の効果は生じない。……(イ)和解によって止めることを約した争いの目的であった事項に錯誤があっても、当事者はその無効を主張しえない。……(ロ)争いの対象たる事項の前提ないし基礎として当事者が予定した事項——従って、争もなく、和解における互譲はその点についての不利益を認容することに及んでいない事項——についての錯誤は、和解の効果に影響を及ぼす。」(我妻栄『債権各論中巻2』(岩波書店, 1962年)880頁[1336], 最近でも、平井宜雄『債権各論I—上』(弘文堂, 2008年)52頁, 笠井修=片山直也『債権各論I』(弘文堂, 2008年)368頁, 曾野裕夫「和解と錯誤: 最判昭和33年6月14日」別冊ジュリ民法判例百選II(第6版, 2009年)140頁等)。

・解契約の当事者は、自分の真の権利の状態はさておき、自らの利益状態を解決するのである。³⁵⁾」

事実の錯誤と法律の錯誤の区別は容易でないといわれているが、和解に関する限り、上述の裁判例を見るに、過去に境界確定が存在した場合には、法律の錯誤に該当しないと評価されたと思われる³⁶⁾。アティアス教授の引用もまた、このような趣旨において和解錯誤論の一般的傾向に合致するものであり、メムト教授も、「既判事項の権威を有するが故に(民法典2052条)、境界確定は、法律の錯誤又は損害を原因として攻撃することができない。」と指摘しているように、他の論者も同様に解釈している³⁷⁾。

35) D. VEAUX, *supra* (note 34), n° 38. フランス法の錯誤について、野村豊弘「意思表示の錯誤——フランス法を参考にした要件論——(1)～(7)」法協92巻10号、93巻1～6号、後藤卷則「消費者契約法の理論」(弘文堂、2002年)57頁以下、82頁以下、フランス法の法律の錯誤について、山岡真治「錯誤論の再検討—フランス法を手がかりとして—」神戸法学雑誌51巻3号(2001年)51頁注(52)。

36) 日本法では、境界合意に関しては、公法上の筆界に関する当事者の合意は意味を持たず、また、私法上の所有権の範囲についての合意は当然なし得るが、そこで、錯誤との関連が問題になる。この点について、安藤・前掲注(7)論文312頁は、次のように述べる。

「要素の錯誤(民95)となりうるが、この契約は和解契約とみるべきであり(民695)、したがって、争いの目的に関する事項については錯誤の主張はできない(民696)から、結論的には否定されることになる。すなわち、合意した線が公法上の境界と一致しないとしても、その合意の趣旨は、双方の土地所有権の範囲を明確にすることによって紛争を解決させようとするものであり(前記判例③東京高判昭和61年12月22日東高民時報37巻11=12号141頁参照)、仮に後日自己の所有地が相手方の土地に取り込まれていたことが判明したとしても、その部分は相手方に譲渡したものとする趣旨と解せられるとする(後掲文献⑤寶金敏明「里道・水路・海浜 長狭物の所有と管理」266頁)。」

ここで、引用されている東京高判昭和61年12月22日は、「右のような合意は、それが和解契約でない場合でも、当事者は、特段の事情のないかぎり、後に客観的境界自体が何らかの経過で判明したときに合意が覆されると予定せず、ただ現地について自己の所有権の範囲を画し、これを確定する目的であるとするのが当事者の意思に合致すると考えられる」と述べる。

37) MÉMETEAU, *supra* (note 8), n° 13 et n° 31. ロベール教授も、境界確定合意の無効については、法律の錯誤では無効となしえず、事実の錯誤でなければならないと指摘している(CA, Paris, 19 déc. 1986 : D. 1988, somm. p. 13, obs. A. ROBERT)。

イ 合意境界確定の効果

合意境界確定の効果については、二つの特徴がある。第1に境界確定は、確定的効果 (effet définitif) を有する ((ア) 確定的効果)。第2に境界確定は、宣言的效果 (effet déclaratif) を有する ((イ) 宣言的效果)。もっとも、こうした効果は、境界確定訴訟のそれと同じであるから、既に前稿で論じたところにより省略できるところは省略する。

(ア) 確定的効果

境界確定合意の証書は、境界に関する確定権原 (titre définitif) となる。これについて、コルニュ教授は、次のように述べている。

「合意によるにせよ、裁判によるにせよ、境界確定は、確定的価値を有する。これは、積極的には、各当事者は、占有訴権によりその境界確定の効果を尊重させ、また、これが刑法典により保護されることを意味する。また、消極的には、境界確定は、撤回不可能になり、それ以後は新たな境界確定請求は許されない。錯誤に基づく境界確定調書の無効訴権による場合 (合意境界確定に関する場合……小柳注) や裁判官の判決に対する上訴がある場合 (裁判による境界確定の場合……小柳注) を除いて、境界確定について争うことはできない。とはいえ、他人の土地の上に占有を続けるならば、境界確定の後も取得時効が成立することがある。

いずれにせよ、境界確定は、特定の土地に関する所有権の証拠となるものではない。境界確定は、土地の形について物理的に再構成するという特定の効果しか有さないものであり、所有権の証拠にならず、また、その後の所有物返還請求を妨げるものではない。³⁸⁾

以上の指摘が示すように、合意境界後の当事者は、その後の境界確定訴訟により所有権の限界を争うことはできない (a. 境界確定訴訟との関係)。しかし、後に所有物返還訴訟を提起することは妨げられない (b. 所有物返還訴訟との関係)。

38) CORNU, *supra* (note 8), n° 80-c.-b.

a. 境界確定訴訟との関係

ひとたび境界確定合意があれば、その後境界確定訴訟は提起し得ないことについては、多数の判例がある。最近のものとしては、破毀院民事3部1968年6月11日判決(Cass.civ. 3^e, 11 juin 1968, Bull. civ., III, n^o 65)は、合意境界確定の後にこれに不満であって再び境界確定訴訟を提起した事案であるが、まず、合意境界確定の方式について境界確定は、関係所有者の合意によりなすものであり、そこにおいて法律は特別の方式を設けていないとし、更に合意境界確定による作成された地図について土地の面積のみならずその境界線についても確定権原(titre définitif)となると判示した³⁹⁾。

破毀院民事3部1970年3月28日判決(Cass.civ. 3^e, 28 mai 1970, Bull. civ., III, n^o 365⁴⁰⁾)は、合意境界確定の後にそれを遵守して建築された他方土地所有者のバルコニーと眺望窓について、その撤去を求めた原告の請求について、この境界確定合意を遵守して建築された建築物の破壊を求めることはできないと判示した。

39) J. HUGOT, « Servitude : Bornage des propriétés », *JurisClasseur Construction*, Fasc.261-45, 1998, n^o 134. こうした法理は、境界確定判決についても同様であり、例えば、破毀院民事部1944年6月21日判決(Cass. civ., 21 juin 1944, D.1945.159)がある。もっとも、ペリネ＝マルケ教授は、境界確定は、所有権の境を定めるだけで、その後の所有物返還訴訟提起を妨げないとする破毀院民事第3部1992年10月28日判決(Cass. civ. 3^e, 28 oct. 1992, Bull. civ., III, n^o 282)を紹介する評釈の中で、この様な解決は論理的ではあるが、境界確定訴訟により、土地を自らの所有としたと信ずる者には不満を呼び起こすであろうし、この破毀院民事部1944年6月21日判決が境界確定訴訟の確定判決は、確定権原をなすと述べることを見れば一層不満を募らせるであろうと指摘している(H. PÉRINET-MARQUET, « Chronique : Propriété et droit immobilier », *JCP.N*, 1995, I, 193)。

40) J. HUGOT, *ibid.*, n^o 134. この事案は、先に境界についての争いがあるってその後境界確定合意により土地境界線の位置がわずかではあるが従来と変わった例であり、バルコニーを建築可能なようにしていたのであった。裁判所は、境界確定に基づいた境界標は、「将来にわたって土地の境界を形作る」と述べている。また、破毀院民事第3部1972年10月3日判決(Cass.civ. 3^e, 3 oct. 1972, Bull. civ., III, n^o 485)は、既に合意境界確定があった境界について再び問題とした(原告は、問題となっている合意は境界確定合意ではないと主張した)例であるが、同様に「測量専門家により作成され、総ての当事者により署名された境界確定調書(procès-verbal de bornage)は、土地面積についてのみならず、その境界についても確定権原となる」と述べている。

破毀院民事第3部1983年11月3日判決(Cass.civ. 3^e, 3 nov. 1983, D.1984, informations rapides, p. 424)は、合意境界確定の後にそれを遵守して一方当事者が作った壁について他方当事者がその後退を請求した事案について、合意境界確定は、その効果として両当事者の利用の限界を定めるものであるとして、原告の請求を斥けた。この判例評釈を担当したアンドレ・ロベール教授は、「争いから合意解決に至ることが望ましいとはいえ、その後であっても火が灰の下にくすぶっていることがあり、しばしば、一方当事者が自ら署名した文書に異を唱える。」と論じている⁴¹⁾。合意境界確定があっても少なくとも心理レベルでは簡単に紛争が終了しないことが分かる。

b. 所有物返還訴訟との関係

筆者は、前稿で、境界確定訴訟判決が確定した後も、所有物返還訴訟(action en revendication)⁴²⁾を提起することができること、換言すれば、境界確定訴訟判決の既判事項の権威は、所有物返還訴訟に及ばないことを指摘した⁴³⁾。これと同様に、境界確定合意は土地所有権の境界については確定権原と

41) Cass.civ. 3^e, 3 nov. 1983, D.1984, informations rapides, p. 424, obs. A. ROBERT.

42) 前稿で指摘したように、フランスの所有物返還訴訟は、給付訴訟としての特徴を有するのみならず、所有権の存否について定める確認訴訟としての役割も有する(小柳・前掲注(1)論文、民商138巻6号39頁)。また、P. DUTILLEUL-FRANCOEUR, « Action en revendication immobilière », *JurisClasseur Civil Code*, 1^{er} App. Art. 711 à 717, 2005, n^o 2.

43) この結果、フランス法では蒸し返しを認めるのに近い形になっている。そもそも、フランスにおいて確定判決の既判事項の権威を問題にするには、フランス民法典1351条に従い、対象、コース、当事者の三点についての同一性が必要であった。ところで、これに関して、近年の破毀院判決は、攻撃防御方法集中(la concentration des moyens)の原則を提示し、攻撃防御方法について、原告にせよ被告にせよ、前訴で主張しなかったことを後訴において主張することについて制限する法理を展開し、蒸し返しを制限しはじめている(破毀院大法廷2006年7月11日判決, Cass. ass. plén., 11 juill. 2006, Bull. civ., n^o 8; D. 2008. 2135, note L. WELLER, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky »; Revue trimestrielle de droit civil, 2006, p.825, obs. FERROT)。

もっとも、既判事項の権威につき、当事者、対象、コースの3点の同一性を要求す

なるが、しかし、所有権そのものの帰属を定めることはなく、合意境界確定や境界確定訴訟の確定判決があっても、境界確定訴訟と別個の種類の訴訟である所有物返還訴訟を提起すること、その結果として新たな所有権の限界を定める請求をなすことは妨げられていない。この点について、既に20世紀の初めの民法学者であるユック (Huc) は、次のように述べている。

「境界確定は、相互の合意によるものであれ、裁判によるものであれ、両当事者にとって相互の権原になると言われる。しかし、何の権原なのであろうか。それは、所有権の権原ではありえない。というのも、二つの土地の境界線に境界標設置を命じた裁判官は、所有権の問題を決したのではない (Ce ne peut être un titre de propriété, car le juge qui ordonne de planter des bornes sur la limite séparative de deux héritages ne juge pas une question de propriété.)。なぜなら、境界確定訴訟に不満がある当事者は、所有物返還訴訟の提起が可能である。そして、この所有物返還訴訟の被告は境界確定訴訟の既判事項の権威を主張することができない。この問題について言えることは、境界確定は、両当事者にとって、境界という問題に限って法律となるということである (←1134条「適法に形成された合意は、当事者にとって法律に代わる。」を念頭に置いた境界確定の拘束力を説明にした表現と考えられる。……小柳注)。……このような限定を付してであ

る伝統的理論のうち、この新判決は、主にコーズに関する部分を修正するとして受け止められているようであり、境界確定訴訟と所有物返還訴訟では対象が異なるのであるから、境界確定法理には直接の影響はない。新たな破毀院既判事項理論を前提に従来の不動産法判例法理につき再検討が必要であると論じた F. DE LA VAISSIÈRE, « Et si l'autorité de la chose jugée constituait, avec la théorie nouvelle de « la concentration des moyens », un nouvel horizon de défense en droit immobilier », *Actualité juridique droit immobilier*, 2008, p.729 でも境界確定法理は言及されていない。新理論は、コーズと訴えの対象との融合を目指すという理解も存在する (D.2008. AJ. 621, obs. FOREST) が、新たな既判事項理論を打ち立てた破毀院大法廷2006年7月11日判決の後にも、破毀院民事第3部2006年10月18日判決 (Cass. civ. 3^e, 18 oct. 2006, Bull. civ., III, n°202, JCP, 2006, IV, 3198, この判決については、評釈も含め拙稿民商169巻1号15頁) が境界確定訴訟確定判決の既判事項の権威は、後に所有物返還訴訟を提起することの障害にならないとしており、従来からの境界確定法理には影響がない。

るが、境界確定は、終局的なものであり、撤回不可能なものである⁴⁴⁾。』

この点については、21世紀でも同様であり、最近の民法学者であるアティアスもまた、「境界設定は、合意にせよ裁判上のものにせよ、その存在理由を有している。境界確定は、所有権の客体を確定するが、ただその隣地所有権との限界を定めるだけである。」と述べている⁴⁵⁾。日本法では、当事者の合意により、所有権の範囲を定めることはむろん可能であるが、それは、日本における境界確定訴訟の対象である筆界を定めたことにはならない。また、合意による所有権の範囲を定めた場合には、その合意はその後の所有権確認訴訟に対して対抗しうるものになる。ところが、フランス法においては、境界確定合意は、そのみでは境界についてのみ効力が存在する。

破毀院民事第3部2004年12月8日判決 (Cass. civ. 3^e, 8 déc. 2004, Bull. civ., III, n^o 227, Juris-Data, 2004-026067) は、隣接地所有者との間に境界確定合意の証書が作成された後に隣接土地所有者が所有物返還訴訟を提起したときに、境界確定の証書があることを理由にこの訴えを斥けた控訴院の判決について破毀申立てがなされた例である⁴⁶⁾。破毀院は、「単に境界確定合意の証書があることだけを理由に控訴院は訴えを斥ける判決を下しているが、境界確定合意は所有権を移転する効果を有しないのであるから、控訴院の判決は法に適っていない」として控訴院判決を破毀した。

本判決についていくつかの評釈がある。①ベルジェ教授の評釈は、境界確定合意は、所有権の移転の効果を有しないのであり、それ故に、問題となっている一帯の土地についての譲渡がなされているわけではないと述べてこの判決を肯定している⁴⁷⁾。②アティアス教授による評釈も同様に、「破毀院は、ここ

44) T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t.4^e, 1893, n^o 308.

45) ATIAS, *supra* (note 8), n^o 4.

46) 破毀申立て理由は、「境界確定調書は、移転の権原ではないが故、それに署名した者は後に所有物返還訴訟提起をなす権利を奪われない」と論じていた (Juris-Data, 2004-026067)。破毀院の判決は、この解釈を認めたことになる。

47) Cass. civ. 3^e, 8 déc. 2004, *Revue de droit immobilier*, 2005-5, p.334, obs. J.-L. BERGEL.

でも再び、境界確定訴権は所有権の範囲を定めるものであり本権訴権としての性質を有するが、権利についての創設的性質又は創造的性質を有するものでないものであり、この点の混同は許されないことを示した。」と述べている⁴⁸⁾。③ルソー(ポルドー控訴院付)弁護士は、「境界を定めることは、所有権を獲得することでも、放棄することでもない(Borner n'est pas acquérir ou abandonner son droit de propriété)。境界確定の唯一の目的は、二つの隣接する土地を分ける境を定めることであり、その土地についての所有権を定めることではない。所有権は、証書や時効によってのみ取得されるのである」と論じ、この判決を肯定している⁴⁹⁾。さらに、このような境界確定と所有物返還とを区別する法理が実際には微妙なものであり、境界を争う当事者には理解が難しいものであること、長期の裁判が必要になる場合があることを指摘しつつ、これによって、各人の権利がよく保障されることになると指摘している。そして、この破毀院判決が破毀院民事第1部1960年7月13日判決(Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 1960, Bull. civ., I, n°394)や破毀院民事第3部1978年1月4日判決(Cass. civ. 3^e, 4 janv. 1978, Bull. civ., III, n°7)を引用するように、現在に至るまで破毀院の確定的立場であり、多くの論者もまたそれを支持している⁵⁰⁾。

合意境界確定は所有権の存否を定めるものではないとしても、合意境界確定に基づき一定期間占有している者が取得時効を主張しうるか。これは、フランス法における取得時効の特質に関わる問題である。

フランス法では、取得時効について、日本法と同様に短期取得時効と長期取得時効とがある⁵¹⁾。フランス法における短期取得時効については、2265条

48) Cass. civ. 3^e, 8 déc. 2004, *Répertoire du notariat Defrénois*, 2005, article 38199, obs. C. ATIAS.

49) Cass. civ. 3^e, 8 déc. 2004, *Construction-Urbanisme*, 2005-2, comm.41, p.19, obs. N. ROUSSEAU.

50) 例外的ではあるが疑問を提起する論者もいる(小柳・前掲注(1)論文民商139巻1号19頁)。参照, *5 ans de Procédure civile en 500 décisions: Procédures, Hors-série-décembre 2000*, n°356, *Procédures*, 1999, n°28, Cass. civ. 3^e, 21 juill. 1998, JURIS-DATA n°003379, obs. J. JUNILLON.

51) フランス民法典の取得時効制度について, 金山直樹「<第3編:財産の取得方法>

(2008年6月17日の法律による民法典時効規定改正前の規定)が「善意でかつ正権原により不動産を取得する者は、真の所有者が、その範囲内に不動産が所在する国王法院の管轄区域内に居住する場合には、10年で、当該管轄区域外に居住する場合には20年でその所有権を時効により取得する」と規定する。この結果、短期取得時効は、取得者による所有権取得が何らかの形でその効力を奪われた場合に取得者を保護する取引保護のための制度として理解され、正権原 (*juste titre*) の存在と取得者の善意が要件である。更に、「正権原となるためには、その証書が移転的証書であることが必要である (例えば、売買、交換、……)。」とされ、宣言的効果を持つ証書は短期取得の要件としての正権原に該当しない⁵²⁾。境界確定調書は移転的効果を有さず、宣言的効果を有すると理解されているため、これに基づき短期取得時効をなすことはできない⁵³⁾。

長期取得時効については、2262条(2008年6月17日の法律による民法典時効規定改正前の規定)が「すべての訴権は、対物訴権であれ、対人訴権であれ、30年で時効にかかる。この時効を主張する者は、それについて正権原を提出する義務を負わない。その者に対しては、悪意から生ずる抗弁を申し立てることもできない。」と規定し、短期取得時効の場合と異なり、正権原を要求せず、30年にわたる所有者としての占有だけを要件とする。この場合の占有は、継続・非中断・公然・明瞭・所有者名義 (*à titre de propriétaire*) であることが必要であり

時効」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣, 2006年) 459~484頁。その後、金山直樹『時効における理論と解釈』(有斐閣, 2009年)に「フランス民法典制定後における時効法の展開——コード・シヴィル200年の歩み」として所収。

52) TERRÉ et SIMLER, *supra* (note 8), n° 467-3).

53) MÉMETEAU, *supra* (note 8), n° 28. 香川崇「短期取得時効について」富大経済論集49巻1号(2003年) 99頁は、判例の包括的分析に基づきながら、「フランス民法典成立後の学説は、宣言行為は取得権原と異なり、所有権を移転させるものではないと考える。したがって、宣言証書では正権原の存在を証明できず、短期取得時効も成立しない」、「所有権の帰属が裁判上争われ、その訴訟に勝訴した者がその判決にしたがって占有を開始したが後日、前訴の当事者と異なる者が占有物の所有権を主張したので、占有者は前訴の判決を正権原として短期取得時効の成立を主張したとしても、裁判例は、短期取得時効の成立を認めない」と指摘する。所有物返還訴訟の勝訴判決も宣言的効果を有するものとされているためである。

(2008年6月17日の法律による民法典時効規定改正前の規定では2229条, 改正後は2261条), なかでも重視されるのが, 所有者名義, 換言すれば, 所有の意思を備えた自主占有であることである⁵⁴⁾。この点に関し, 境界確定調書に基づく占有について, 民法典2240条(「人は, 自己の権原に反して時効によって取得することができず, 占有の原因及び要素を自らなんら変更することができない。」)との規定で, 占有の性質の変更に関する日本民法185条に関連した規定である。2008年時効法改正後は, 2270条。)を理由に, 自己の権原に反する占有であるとして長期取得時効を否定しえないかが問題になる。しかし, 破毀院民事第3部1975年12月2日判決⁵⁵⁾(Cass. Civ. 3^e, 2 déc. 1975, Bull. civ., III, n^o 355)が, 2240条は所有の意思なく他人のために占有する賃借人等について取得時効を認めないための規定であるとして, (境界確定と同様に宣言的効果を有する)共有物分割調書に基づく占有について長期取得時効を認めた。この結果, 宣言的証書に基づく占有でも長期取得のための占有となりうることが判例上明確になり, 境界確定調書に基づく占有でも長期取得時効は可能である⁵⁶⁾。

なお, フランス民法典の時効規定については, 2008年に大改正があったが⁵⁷⁾, 境界確定に関する限り, 以上の法理には変化がない。不動産の取得時効については, 新2272条が, 「(第1項) 不動産を取得するために必要な時効の期間は, 30年である。(第2項) しかしながら, 善意と正権原により不動産を取得した者は, その所有権を10年で取得する。」と規定している。短期取得時効については, 旧2265条が新2272条2項となったが, 短期取得時効が善意と正権原

54) 金山・前掲注(51)書155頁。

55) 控訴院は, 2240条を根拠に, 宣言証書では長期取得時効の占有を基礎付けることができないとしたが, 破毀院は, 「2240条の名義に反して時効することの禁止は, 他人のために保持する者(賃借人, 受寄者等……小柳注)にかかわるものであり, 遺産分割調書は, その当事者に占有することを許している」と述べて, 控訴院判決を破毀した。

56) « Bornage », *JurisClasseur : formulaire analytique de procédure : partie alphabétique*, Fasc. A, 1990, n^o 290.

57) 金山直樹=香川崇「フランスの新時効法——混沌からの脱却の試み」金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言(別冊NBL(No.122))』(2008年)参照。

を要件とすることに変化がない⁵⁸⁾。それ故、境界確定調書に基づいた占有では短期取得時効が成立しないとの従来解釈は維持される。長期取得時効については、旧2262条が新2272条1項となり、短期取得時効規定の直前に規定されたことによる文言の変化があるが、長期取得時効に正権原が不要なことは従来と同じであり、境界確定調書に基づく占有が長期取得時効を基礎付けることに変化はない。

(イ) 宣言的効果

既に、境界確定合意後の所有物返還訴訟提起の問題に関して指摘したことがあるが、境界確定合意は、既存の権利の状態を明らかにする宣言的効果を有するとされ、創設的効果もまた移転の効果も有さないとされている。境界確定合意が既存境界線を確定するのみに止まり、土地の形に変更がない場合だけでなく、また、境界確定合意により既存境界線が変更される場合についても宣言的効果があると指摘される。この場合、一見するところ「所有権の『移転』的行為としての外観 (apparence d'un acte « translatif » de propriété)」があるけれども、ここにおいては所有権の変動・移転は存在しない。「所有権は事前に存在していたのであり、境界確定調書は、物理的なかたちで法律実体を再明確化したに過ぎない」と指摘されている⁵⁹⁾。

58) なお、従来は、真の所有者の居住地によって時効期間が10年と20年の2本立てであったのに対し、新規定は、取得時効に要する期間を10年に統一した。これは、交通・通信の発達が理由である。参照、S. ARMANI-MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité : la nouvelle devise de la prescription ? À Propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP*, 2008, I, 160, n° 34.

59) « Le procès-verbal de bornage : L'aspect civil et fiscal, La publicité foncière », *JCP N*, 1981, Doctrine, p.350. 和解にも宣言的効果があると指摘されているから、平仄が合う。しかし、和解の宣言的効果について、ヴォー学部長が次のように指摘していることも重要である。「和解の宣言的効果は、議論が多いところである。宣言的効果とは、和解がその前の権利状態に変更をもたらさないことを意味する。それ故、宣言的効果は、遡求の効果という意味も持つ。和解では、両当事者は、あたかも裁判官——例外を除いて、新たな法的状態を作り出すのではなく、事前の状態を確認するのが任務の裁判官——として振る舞う。しかし、以上の説明がフィクションであることは、

宣言的効果の意義として、境界確定合意の対象地に関する抵当権者の同意は不要であり (a. 抵当権者との関係)、また、その境界確定合意を登記することなくしてその後の第三者に対抗しうる (b. 特定承継人との関係)。

a. 抵当権者との関係

仮に境界確定の効果が所有権移転的であるとすれば、その土地についての抵当権者は、抵当権が登記してあれば、境界確定で隣人の土地となる部分について、抵当権の追及効を主張できる⁶⁰⁾。ところが、境界設定が権利移転的効果を持つものではなく、また形成的効果を持つものでもなく、宣言的効果しか有さないことになると、境界確定の前に当該土地について抵当権の設定があった場合でも、抵当権の目的となる土地そのものがもともとそうであったと考えられることになり、この結果として抵当権なり地役権の範囲はこれにつれて範囲を変動させる。この点についてドゥモロンブは、次のように述べている。

「抵当権者は、抵当不動産所有者が有する管理権の範囲内で所有者がなすことがらについては、実質的に代理されていることになる⁶¹⁾。この間

容易に理解しうる。というのも、両当事者は自由に和解の内容を定めることができ、それを意思自治が認めているからである。両当事者が権利状態や財産のあり方を変更する和解をすることが妨げられていない。……判決に宣言的効果があるとされるのは、裁判官が公平な立場から両当事者の権利の状態を変更することなく、そのあり方を明らかにするために努力しているからである。しかし、これは、和解に宣言的効果があるとするための理由にならない。というのも、和解当事者は、自らの権利を自由に処分しうるのである。」(D. VEAUX, « Transaction—Effets », *Juris Classeur Civil Code*, Art. 2044 à 2058, Fasc. 60, 1995, n°39)。実際には、境界確定の場合、測量専門家が関与することにより、境界確定合意の公平性が確保されているものと考えられる。

60) 日本法の状況に関して、八田卓也「境界確定訴訟の意義について」『民事訴訟法理論の新たな構築(新堂幸司先生古稀祝賀)下』(有斐閣, 2001年) 110頁。

61) なお、フランスでは、判決効の拡張の根拠として、伝統的に、代理関係が存在する場合に、第三者異議 (tierce opposition) が許されないと論じられている。更に、判例によれば、抵当権者は、抵当不動産を目的とする訴訟において抵当権登記の前後を問わず、債務者により代理され、(抵当権者が債務者と相手方の詐欺的共謀を立証した場合などを除いて) 原則として第三者異議を提起しえないとされている(徳田和幸「第三者による判決取消の訴えの機能と判決効」同『フランス民事訴訟法の基礎理論』(信山社, 1994年) 203

題については、私の考えによれば、境界確定は共有物分割と同様に純粹に宣言的である。この解決は、論理的であり、また、優れて合理的かつ有益なものであろう。⁶²⁾」

以上のドゥモロンブの説明をよりはっきりとした形で述べているのが、20世紀後半ではダンジェの議論である。

ダンジェ「境界確定の宣言的効果は、いくつかの具体的帰結をもたらす。……もしも、境界確定の前に、物権、抵当権、地役権が土地の返還すべき部分について設定されていたならば、その部分が正当な所有者に返還される場合にはそこについての権利は主張できなくなる。残された手段は、もともとの土地所有者に対する債権的な請求権になる。⁶³⁾」

これは、合意による境界確定であれ、裁判による境界確定であれ同じである。抵当権者は、抵当権設定者に対して可能であれば損害賠償を請求する⁶⁴⁾。

b. 特定承継人との関係

現在は宣言的行為であってもこれを登記することは可能になり、フランスにおける登記所にあたる抵当権保存所に通知することにより、それに基づき地籍(cadastre)の変更すなわち日本風にいえば筆界の変更がなされうる⁶⁵⁾。しかし、問題は、このような登記がなされない場合に第3者に対抗しうるかである。境界確定と登記⁶⁶⁾に関して、フランスの不動産登記制度の画期となる1855年登記法、1935年10月23日デクレ＝ロワ、1955年デクレの順に検討することが必要である。

頁)。

62) DEMOLOMBE, *supra* (note 10), n° 274; MILLET, *supra* (note 8), p.424.

63) DANGER, *supra* (note 8), n° 143.

64) v° « Bornage », FUZIER-HERMAN, *supra* (note 8), n° 373.

65) ATIAS, *supra* (note 8), n° 85.

66) この点については、既に、小柳・前掲注(1)民商138巻6号724頁で論じているが、紙幅の制約で簡単な叙述にとどめていたため、本稿で補足的に説明を加える。

(a) 1855年登記法における宣言的行為の登記除外

フランスの本格的登記制度の歴史は、1855年登記法から始まる⁶⁷⁾。不動産物権変動について一般的に登記を対抗要件としている日本民法177条と異なり、1855年登記法が登記の対象としたのは、不動産所有権及び抵当権の目的たり得る権利、不動産質権、地役権、使用权、18年以上の期間の賃借権などの権利に関する当事者間の移転証書、設定証書、放棄などである。換言すれば、1855年登記法は、不動産物権などの移転的行為・創設的行為のみを登記事項とし⁶⁸⁾、宣言的行為については登記の対象とはしなかった。

1855年法の法案は、宣言的行為をも含めて登記事項としていたが、議会での修正により宣言的行為は登記事項から除外された。その理由は、例えば、宣言的行為は権利のあり方を明らかにするものではあるが、既存の法律行為に基づいているのであり、その既存の法律行為自体が登記されていればそれで十分であり、それに基づく宣言的行為に登記を要求するのは登記の費用と手間を2度かけることになり、適切ではないというものであった。このことは、1855年法の目的とも関連していた。1855年法が「抵当権についての登記法 (loi sur transcription en matière hypothécaire)」の題名であったことが示すように、その主な狙いは抵当貸付けの発展、とりわけ1852年に創設されたクレディ・フォンシェの発展であって、信用組織による貸付けの取引安全が図られることが重要であった。それ故に、1855年法は、生存者間の不動産物権変動や創設を登記の対象とし、そうした行為が登記を欠いた場合の制裁は、第三者への対抗不能とし、死亡を原因とする所有権の移転や宣言的行為は登記の対象としなかつ

67) フランス不動産登記制度については、1855年法以後については謄記 (transcription)、登記 (inscription)、公示 (publication) などの区別が必要であるが、日本法との比較に際して非常に煩わしいため、金山・前掲注 (57) 論文462頁注16 (金山直樹『時効における理論と解釈』188頁注16) の先例に従い、原則として登記の語を用いる。

68) 滝沢率代『物権変動の理論』(有斐閣, 1987年) 122頁。売買などの移転行為について証書がない場合には、売買の存在を宣言する判決が登記されたが (1855年法1条3号, M. TROPLONG, *Privilèges et hypothèques commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, 1856, n° 99), 宣言的判決を登記の対象としていなかった。

た⁶⁹⁾。

議会でもとりわけ問題になったのは、遺産分割を登記に服せしめることが必要かどうかであったが、これが否定された。議会での報告者の発言でも共有物分割が宣言的行為であるのは、法の擬制 (une fiction de la loi) であるとしつつ、それが民法典の基本原則であると述べている⁷⁰⁾。かくして、1855年法では宣言的行為である共有物分割や和解は登記の対象にはならなかった⁷¹⁾。境界確定もまた、所有権移転の効果を持つものではなく、宣言的效果しかないと解されたから、合意による境界確定であれ、判決による境界確定であれ、境界確定も1855年法の下では登記されなかった。19世紀における学説は、「境界確定についての証書又は判決は、所有権移転的なものではなく、それ故、1855年法の登記に服さない」と論じた⁷²⁾。

(b) 1935年デクレ＝ロワにおける宣言的行為の登記

不動産に関する情報の見地から見れば、1855年法の登記制度には問題があった。この問題に対する対応は、1935年10月23日のデクレ＝ロワでなされ、宣言

69) S.PIEDELÈVRE, *La publicité foncière*, 2000, n° 18.

70) TROPLONG, *supra* (note 68), appendice, p. XXXV.

71) 宣言的行為であれば、登記に服さないとの感覚は、民法起草者の梅謙次郎も共有していた。日本民法696条(和解の効力)は、和解の効力について、「当事者の一方が和解によって争いの目的である権利を有するものと認められ、又は相手方がこれを有しないものと認められた場合において、その当事者の一方が従来その権利を有していなかった旨の確証又は相手方がこれを有していた旨の確証が得られたときは、その権利は、和解によってその当事者の一方に移転し、又は消滅したものとす。」(平成16年の現代語化の条文)と定めるが、法典調査会における審議において、梅謙次郎は、フランスの通説が和解の効力を「認定的」(本文では「宣言的」と訳した言葉)とするが、その理由は移転の効力とした場合に課税されることを嫌ったためであるとしつつ、「和解が認定的ト云へバ無論登記ヲセヌデ宜シイ……和解が認定的トスレバ登記シテ効ガナイ『ボワソナード』氏ハ矢張り登記ガ出来ルトシテ居リマスガ現ニ明文ガナイト云フト登記セヌデモ宜シイト云フ事ニ為リマス」と述べている。他方、梅は和解について完全に移転とするのも「極端」な議論であるとして、本条の立場を採用した(『法典調査会議事速記録』5巻98頁、参照、『新版注釈民法(17)』(有斐閣、1993年)253頁〔篠原弘志〕)。

72) v° « Bornage », FUZIER-HERMAN, *supra* (note 8), n° 374.

的行為などの登記が設けられた。ピウドゥリエヴル教授は、次のように述べている。

「1855年3月23日法は、完全な公示制度を設けたわけではなかった。というのも、死亡を原因とする所有権移転やもろもろの移転的行為については登記が規定されていなかったからである。この状況では、不動産登記によっても、不動産の来歴全部を知ることができなかった。1935年10月30日デクレ＝ロワは、この空白を埋めるものであり、死亡を原因とする相続人や受遺者に対する不動産所有権や不動産物権の移転を確認するための公証人作成書類の登記の制度を設けた。同様に、共有物分割や和解のような宣言的行為についても登記制度を設けた。

登記の義務付けでは、制裁が問題になるが、1935年10月30日デクレ＝ロワの起草者はこれについて規定を設けなかった。実際のところ、(宣言的行為等に……小柳注)登記がない場合に対抗不能の制裁は不可能であった。新たに登記の対象となったものについては、登記は情報提供機能(vocation informative)だけを有し、二重譲渡のような紛争を解決する機能を持たない。かくして、新設の・制裁を欠いた(宣言的行為などの……小柳注)登記制度は、実際には大きな意味を持たなかった。⁷³⁾」

1935年10月23日のデクレ＝ロワからは、宣言的行為にも登記制度が設けられたが、その場合でも移転的行為や形成的行為の登記とで違いがあった。移転的行為・形成的行為では登記の不存在について対抗不能の制裁があるのに対し、宣言的行為の場合には情報提供のための登記制度という位置付けになり、登記の欠缺故の対抗不能という制裁が与えられなかった。共有物分割と同様に、境界確定もまた、この情動的登記の対象となった⁷⁴⁾。

(c) 1955年デクレと宣言的登記

第3は、1955年デクレである。1955年1月4日デクレは、1955年10月14日デ

73) PIEDELIEVRE, *supra* (note 69), n° 19.

74) PIEDELIEVRE, *supra* (note 69), n° 228.

クレと共に、その後多くの修正を受けつつ現在まで基本的制度のあり方を定めている。1955年1月4日デクレ28条4号eは、「宣言的証書及び宣言的判決(acte et jugement déclarative)」を登記事項として規定した。この点は、1935年デクレ=ロワの継承である。ピウドゥリエヴル教授は、「1955年1月4日デクレ28条4号eの規定の対象となる宣言的行為で最も主なものは共有物分割と和解である」と述べ⁷⁵⁾、さらに、「宣言的判決とは、原告のために既に存在している権利があると宣言することにとどまるものである。例えば、共有物の競売を共有者のために命ずる判決はその例である。この競売が共有物分割と同じ意味を持つ。また、境界確定訴訟の場合もそうである。」と述べている⁷⁶⁾。こうして、共有物分割、和解と共に境界確定が登記される。

もっとも、所有権移転の証書などについては、同デクレ30条1項が「第28条1号に基づいて公示に服する証書及び判決(不動産物権の譲渡、移転や12年を超える賃貸借設定などのこと……小柳注)は、登記されていない場合には、同一の不動産につき同一の前主から同一の登記義務に服する証書又は判決により競合する権利を取得し、かつ、登記した第三者に、又は先取特権若しくは抵当権を登記した第三者に対抗することができない」と規定し、登記欠缺に対する制裁として対抗不能を用意している。これに対して、宣言的行為及び判決については対抗不能の制裁はない。同デクレ4項は、「その者自身の権利を登記していたすべての利害関係人は、第28条3号から9号までに掲げる証書について、法定期間の満了までにその登記がなされないこと、又は不完全もしくは不適式の登記しかなされなかったことを理由として、損害を被ったときは、損害賠償を請求できる。」と規定し、制裁としての損害賠償を明らかにしている。登記されない宣言的行為及び判決は対抗しうるが、しかし、損害賠償を支払うというのである⁷⁷⁾。任意的登記の制裁は、損害賠償と民事罰が中心であり、また、新たな物権変動をなしえないという登記連続の原則であった。

75) PIEDELIÈVRE, *supra* (note 69), n° 230.

76) PIEDELIÈVRE, *supra* (note 69), n° 233.

77) PIEDELIÈVRE, *supra* (note 69), n° 458. また、滝沢・前掲注68書134頁。

かくして、1955年デクレを中心とした現在の制度では、境界確定調書又は判決は情報提供登記の対象となりえるが、その欠缺については損害賠償と民事罰が中心であり(登記欠缺でも第三者に対して対抗しうる。)、また、新たな物権変動をなしえないという登記連続の原則の対象になる⁷⁸⁾。

(d) 学説の態度

以上の点については、学説でも同様である。「登記を欠く境界確定の効力」と題した論文を2003年に発表したパルマンティエ(国立地籍学校元教官)が破毀院民事第3部1971年3月31日判決(Cass. Civ. 3^e, 31 mars 1971, Bull. civ., III, n°231)⁷⁹⁾の「1855年3月23日法3条及び1955年1月4日デクレ30条をみれば、これらの規定の適用により、登記の前後が問題になるのは、同一の前主の特定承継人の間の紛争であり、この同一の前主から同一の不動産について両立しがたい権利がある場合である。」との文言を引用しながら、次のように述べている⁸⁰⁾。

「境界確定についての調書及び判決は、宣言的性格を有する。境界確定は、既に存在した権利の範囲を定めるものであり、そこでの権利は、根拠となる行為の性質のために、証拠及び対抗力において独特の性質がある。境界確定の目的は、二つの土地の法律上の限界を定めることにある。そこでは、所有権自体は争われていない。というのも、所有権を争うのは所有物返還訴訟だからである。境界確定であきらかになる所有権の限界は、予め存在した単一のものであり、境界確定は、その位置を明らかにする。

境界確定についての調書及び判決は、登記に服すべきものであるが、しかし、1955年1月4日デクレ28条の定めるうちの第2のグループ(宣言的証書及び宣言的判決のこと……小柳注)に属する。境界確定判決及び調書が登記されない場合でも、その制裁は、第3者への対抗不能ではな

78) ATIAS, *supra* (note 8), n°85.

79) 同事件自体は、直接に境界確定調書の効力が問題になった事件ではない。

80) J. PARMENTIER, « La sanction du défaut de publicité foncière du bornage », *Géomètre*, mai 2002, p.48.

い。このことは、既に述べた登記対象に2種類があるという法文が示していることである。また、破毀院判決も、『登記の前後が問題になるのは、同一の前主の特定承継人との紛争であり、この同一の前主から同一の不動産について両立しがたい権利がある場合である。』と述べている。それ故、合意境界確定調書、境界確定についての和解、境界確定判決は、総ての者に対抗しうる。』

以上の指摘を見る限り、宣言的行為であるということを考えると、境界確定でも宣言的行為であると考えられる以上これと同様であると見るべきであろう。

(e) 裁判例

ここで、引用されている破毀院判決は、直接に境界確定調書又は判決の効力を問題にしたものではないが、しかし、登記制度の意義を明らかにした基本判例として意義がある。筆者もまた、この点についてフランス公式判例サイトで調査を試みたが、破毀院判決としては直接のものを見出すことができなかった。しかし、控訴院判決レベルでは、最近のものとして、トゥールーズ控訴院2006年2月13日判決(CA, Toulouse, 13 févr. 2006, ct.0038, <http://www.legifrance.gouv.fr/>)があり、登記なくして境界確定調書が対抗しうることを明らかにしている。

これは、1999年10月22日に土地付き建物を前主Aから取得したX (SCIメア) が隣地所有者である、Y (マリー=フランソワーズ及びレモンド) に対して、2004年3月26日にトゥールーズ小審裁判所に境界確定訴訟を提起した事案である。1994年8月23日にAとYの署名した境界確定調書が測量専門家(ジョスリーヌ)により作成されたが、Xは、これが登記されていないため、自分には対抗できないと主張し、また、予備的 (au titre subsidiaire) に、仮にこの調書が登記なくして対抗できるとしても、この調書自体がA側の年齢問題故に無効であると主張した。これに対して、小審裁判所は、2005年3月10日判決で、境界確定調書は、両当事者についての確定権原であるとし、新たな境界確定を提起できないと判示し、更に、新民事訴訟法典700条(弁護士費用等を相手方当事者

に負担させることができる」とする条文のこと……小柳注⁸¹⁾に基づき、XからYへの500ユーロの支払いを命じた。これに対して、Xは、トゥールーズ控訴院に控訴し、「境界確定は、登記がないために自らに対抗できない (*il ne pourrait lui être opposable faute d'avoir été publié*), 予備的には、その調書は無効である」との判決及び、係争地の境界確定を求め、更に、新民事訴訟法典700条に基づき1500ユーロの支払いをYに命ずるよう求めた。これに対して、控訴院は、「境界確定調書の真正性と対抗可能性について述べれば、境界確定調書は、所有権を移転するものではなく、登記の手續に服することが法律により義務付けられていない。」と論じ、境界確定調書そのものについても無効ではないと判示し、またそれが確定日付を有することも指摘した後、次のように述べ、Xの控訴を斥けた⁸²⁾。

「この文書において具体化された境界が所有権権原証書や地籍と一致しないからと言って証書の実体において錯誤があるとはならないし、また、Xの提示する書類もAの意思表示を無効とするような詐欺があったことを証するものでもない。1994年8月23日に関係所有者たちにより署名され、1996年3月11日の判決につながった書類は、正当な合意境界確定調書としてAからの土地の取得者であるXに対抗しうる (*un procès-verbal de bornage amiable régulier opposable à la SCI MAYA, acquéreur du bien des époux A*)。それ故に、Xによる境界確定の訴えは受理できない。」

81) 新民事訴訟法典700条「当事者の一方によって支出された訴訟費用に含まれない金額をその当事者の負担とすることが不公平であると思われる場合には、裁判官は、その定める金額をその当事者に支払うよう他の当事者に命ずることができる。この場合の、「訴訟費用に含まれない金額」として、弁護士口頭弁論の報酬、弁護士強制でない場合の弁護士費用などがあるとされる (『注釈フランス新民事訴訟法典』368頁 (700条注釈))。堤龍彌「弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究：フランス新民事訴訟法700条をめぐる問題点について」神戸学院法学11巻4号 (1981年) 23頁以下。

82) なお、ランス控訴院2006年3月22日判決 (CA Reims, 22 mars 2006 : JURIS-DATA n° 2006-306259) もまた、境界確定調書は、登記なくして承継人に対抗しうることを判示しているが (JurisCasseur Civil Annexes > V° Publicité foncière > Fasc. 36 : PUBLICITÉ FONCIÈRE.- Fasc. 36 : PUBLICITÉ FONCIÈRE.- Actes soumis à publicité § 101 à § 106 (Mise à jour) 31/12/2006), これは、相続人 (héritiers) に対抗しうるとの趣旨であり、相続人は当事者と同様の立場に立つことを根拠としている。

これに関連して、破毀院民事第3部2002年10月2日判決(Cass.civ. 3^e, 2 oct. 2002, non publié au bulletin, n^o de pourvoir : 00-14493, <http://www.legifrance.gouv.fr/>)も重要と考えられる。事案は、X(資料に名前が明記されていない)が、1983年8月20日にAから土地を取得したYに対して境界確定訴訟を提起したところ、測量専門家が任命され、A X間の1969年12月24日の私署証書に基づき、現在の囲いよりも50センチメートルY側に食い込んだ形の境界確定を提案した。これが控訴院まで認められたところ、Yは、不満であり、境界確定の訴えを受理できないとして、破毀申立を行った。破毀申立理由は、第1理由として、土地区画整理が既に完了した土地についてはその後境界確定訴訟を提起できないとされているところ、この土地については1994年11月29日付けの県知事令により土地区画整理が完了していること、区画整理を担当した測量専門家は、1995年1月9日に報告を作成したが、この問題になっている土地について既に争論があったため、結局この土地の部分については明確な境界線を設定していなかったことを論じた。破毀院は、この第1理由については、この土地部分についての測量専門家による境界線設定がない以上、控訴院が、1994年11月29日に完了した土地区画整理は境界確定訴訟の障害にならないとしたことに理由があるとした。しかし、Yはさらに第2理由として、1969年12月24日の私署証書が確定日付を有しない点を問題にした。これについては、破毀院は、民法典1328条によれば、私署証書は、登録された日、署名をした者が死亡した日又はその実体が公署によって確認された日についてでなければ第三者に対して確定日付を有さないことを指摘した後に、次のように述べ、控訴院判決を破毀した。

「鑑みるに、測量専門家によって提示されたかたちでXとYとの間の境界線を定めるために、控訴院判決は、AとXとの間に私署証書により締結された合意を根拠とし、Yはこの証書の真正性を争うことはできず、その記載は明確かつ日付が付されているとしている、

しかし、鑑みるに、控訴院は、問題となっている証書に確定日付があるかどうかを明らかにしておらず、この点は、証書がAの特定承継人であるYに対抗しうるための要件であるから、控訴院は1328条の条文に反している。⁸³⁾」

以上の控訴院判決及び破毀院判決は、境界確定調書が確定日付を有すれば、登記なくして対抗しうることを前提としていていると考えられる。

(f) 測量実務

また、フランス測量専門家協会の公式パンフレットである『あなたと境界確定 (*Vous et bornage*)』においても、「第三者への対抗力」と題した項目で「境界確定調書は、たとえそれが登記を経由していなくても、署名をなした者についてのみならず、取得者に対して対抗しうる」と述べている⁸⁴⁾。もっとも、同時に、境界確定調書を登記した方が、その情報を公証人に伝えることができ、取得者に対し明瞭に情報を伝えることになるとも論じている。このように見ると、合意境界確定は、登記なくして対抗しうるというのが、実務の扱いでもある⁸⁵⁾。合意境界確定が登記されるのは例外的であるとの指摘が、公証実

83) 更に、参考とすべきは、同様の宣言的效果を有する共有物分割の場合である。共有物分割についての証書又は判決は現在では宣言的效果を有する証書又は判決として登記をすることができる。「しかし、登記の不存在についての制裁は、移転行為の場合とは異なり、対抗不可能ではなく、登記義務を負っていた者が登記不存在により損害を受けた者に対してなす損害賠償にとどまる(1955年1月4日デクレ30条4)。不動産分割は、登記なくしても対抗しうる。」とブレネル教授は指摘している(C. BRENNER, « Partage(2^e droit commun) », *Répertoire de droit civil*, 2003, n°364)。なお、登記連続の原則から登記に服していない場合にはその不動産は実際上譲渡できないということも、以上の叙述に加えて指摘している。ブレネル教授は、破毀院判決など多くを引用しているが、そのうち比較的最近のヴェルサイユ控訴院1997年2月21日判決(CA Versailles, 21 févr. 1997, D.1997, somm.259, obs. PIEDELIEVRE)は、1983年2月18日に離婚が成立し、それ以前に公証人証書により1983年1月18日に財産分与が定められていたにも拘わらず、それが不動産登記に服したのは1993年4月22日であったところ、その間の1992年7月24日に抵当権が旧妻のために設定されたところ、旧夫がその抹消を求めた事案であり、1審の大審裁判所及び控訴審ともに旧夫の請求を認容した。この判決について、評釈担当者であるピウドウリエブル教授は、宣言的行為が登記なくして対抗しうるのは、これが不動産物権の設定又は変更ではないという理由に基づき、また確立した判例理論でもあるが、実際上非常に不便であると指摘し、その上で、損害賠償による救済が事後的に与えられることになるが、それでは間接的保護にしかならないと論じている。

84) ORDRE DES GÉOMÈTRES-EXPERTS, *Vous et bornage*, p.8.

85) なお、フランス法では、一定の訴え提起自体に登記が求められる場合がある。不

務の経験からなされていたことを紹介したが、登記なくして対抗しようということもこれと関連するのであろう。

2. 合意境界確定の現代的意義：不動産取引の安全

近年では、合意境界確定を実際に促進しようとする傾向が顕著である。ここでは、既に導入された制度として、都市連帯・再生法(SRU法)制定に基づく

不動産物権の解除取消等の訴えについては、訴え提起を登記しない限り訴えを受理できないとした1955年法1月4日デクレ30条5文がその例である(F. MAGNIN et P.FREMENT, « Publicité foncière : Effets de publicité », *JurisClasseur civil annexe* t. 6, Fasc. 37, 2003, n°109)。

これと同様に、境界確定訴訟提起自体が登記に服すべきかが問題になるが、リヨン控訴院1968年2月8日判決(CA, Lyon, 8 févr. 1968, D.1968 jurispr. p.483)はこれに関する裁判例である。農地における小あぜ道(chemins ruraux)に関する境界確定に関して、個人である原告(X)が被告Y(マルル(Marlhes)村当局)等をサンテチエンヌ小審裁判所に訴訟提起したところ、小審裁判所は、測量専門家により現地調査を作成させ、これに基づき判決を言い渡した。Yは①そもそもこれは村の公有地であり、小審裁判所の管轄に属さない、②Xは訴え提起について抵当権保存所に登記していないから裁判所は訴えを受理できないと論じた。これに対して、リヨン控訴院は、当該小あぜ道は、慣行に従えば、村の私有財産(domaine privé)であるから小審裁判所の管轄が成立する、②「訴え提起について抵当権保存所に登記していないから請求を却下しなければならない」という控訴理由について、原審の裁判官は、646条の規定する境界確定訴訟は、原告ムウラン(X)の提起するところであるところ、不動産物権の創設も変動もなすものではないから、1955年1月4日デクレ28条の規定する登記には服さないとしたが、これは正当である。」と述べ、控訴を斥けた(«Bornage», *JurisClasseur Géomètre expert-Foncier*, 2000, n°217)。契約解除、取消の訴えなどは、不動産物権の変動又は創設を目的としている(それ故、登記が訴え受理の要件となる)のに対して、境界確定訴訟提起自体は、不動産物権の移転や創設を意味するものではないことが関連する。

以上の結論は、共有物分割の訴えについて、それが宣言的性格を有するということから、訴え提起を登記に服させる必要はないと学説が指摘することとも一貫する(F. MAGNIN et P.FREMENT, « Publicité foncière : Actes soumis à publicité », *JurisClasseur civil annexe* t. 6, Fasc. 36, 2003, n°113)。なお、破毀院民事第3部2004年5月26日判決(Cass. civ. 3^e, 26 mai 2004: JURIS-DATA n°2004-023802)は、土地の所有物返還訴訟提起について、登記をなすことは受訴要件ではないとしている(Fasc.100:SERVITUDES- Servitudes dérivant de la situation des lieux- Délimitation des propriétés- Bornage (Mise à jour) (ジュリスクラスール追録2008年6月1日))。

都市計画法典改正による境界確定促進方策を紹介し((1) 都市計画法典における境界確定等の義務)、これに続いて、2008年の物権法改正準備草案における境界確定規定を論じ、そこにおける新機軸が合意境界確定の促進であることを指摘する((2) 2008年11月フランス民法典物権法改正準備草案における境界確定)。

(1) 都市計画法典における境界確定等の義務

ここでは、まず都市連帯・再生法(SRU法)における境界確定の促進策の内容を紹介し(ア 2000年都市連帯・再生法(SRU法)に基づく都市計画法典改正)、その問題点及びその後の対応を検討する(イ 都市連帯・再生法(SRU法)後における議論の展開)。

ア 2000年都市連帯・再生法(SRU法)に基づく都市計画法典改正

都市連帯・再生法(SRU法)が境界確定促進規定を設けたのは、土地売買における面積担保免除特約が買主に不利をもたらすと考えられたからである。それ故、まず、土地売買における面積担保免除特約を民法典規定との関連で論じ((ア) 土地売買における面積担保免除特約)、それに続けて都市連帯・再生法(SRU法)に基づく都市計画法典改正の内容を検討する((イ) 2000年都市計画法典改正)。

(ア) 土地売買における面積担保免除特約

a. 民法典の規定

日本法と同様に、フランス法でも、土地売買において売買対象である土地について契約上の表示面積と実面積が食い違うことがある。ここで問題になるのは、フランス民法典の売買に関する次の規定である。

「1616条 売主は、以下に述べる変更のもとに、契約に定める面積(contenance)で引き渡す義務を負う。

1617条 不動産の売買を数量による面積の指定(indication de la contenance)

を以て行った場合には、売主は、取得者が要求する場合には、契約において指定した量を引き渡す義務を負う。そのことが売主にとって不可能である場合には、又は取得者がそれを要求しない場合には、売主は不足分に比例する代金の減額をひきうける義務を負う。

1618条 反対に、前条の場合において、契約で述べたよりも面積が大きい場合には、取得者は、超過分が表示した面積の20分の1以上である場合には、代金の補充を供与するか又は契約を撤回するかの選択権を有する。

1619条 他のすべての場合には、売買が特定され限定された一体について行われる場合であれ、売買が区別され分離された土地を目的とする場合であれ、売買が数量により始まる場合又は売却物件の指定により始まるが数量の指示をとともなう場合であれ、数量の表現があるからといって、契約で表示した数量と現実の数量との差異が売約物件の全部の価額を考慮して20分の1以上の超過又は不足でない限り、数量の超過を理由とする売主のための代金の補充も、数量の不足を理由とする取得者のための代金の減額も生じない。但し、反対の約定がある場合には、その限りではない。

.....

1622条 売主の側からの代金の補充の訴権及び取得者の側からの代金の減額又は契約の解除の訴権は、契約の日から起算して1年内に行使しなければならない。これに反する場合には、失権する。」

以上の規定によれば、土地売買において、面積 (contenance) が契約上の表示に不足する場合においては、それが数量指示売買である場合には、買主は、契約数量だけの土地の引渡し訴権 (売主の大きな土地を分割する場合には可能であろう) 又は比例的代金減額訴権を有する⁸⁶⁾。また、土地売買において、数量の

86) 日本民法563条は、数量指示売買について規定するが、数量指示売買とは「当事者において売買の対象となる物が実際に持つ数量を確保するために、その一定の面積 (容積、重量、員数、尺度なども) があるということが契約に表示され、かつ、この数量を基礎にして代金額が定められた売買」であるとされ (最判昭和43年8月20日民集22巻8号1692頁、具体の事案としては、単に不動産を特定するための数量表示であったとして代金減額

表示があるものの単価数量が価格の基礎でない場合には、契約で表示した数量と現実の数量との差異が売約物件の全部の価額を考慮して20分の1以上の超過又は不足でない限り、数量の超過を理由とする売主のための代金の補充訴権も、数量の不足を理由とする取得者のための代金の減額訴権も生じない。逆に、20分の1以上の超過の場合には、売主に代金増額訴権が生じ、20分の1以上の不足の場合には、買主に減額訴権が生ずる。

b. 面積担保免除特約

もっとも、1619条末文が述べるように、特約で異なる定めをすることが可能である。このため「面積担保免除特約 (la clause de non garantie de superficie ou de contenance)」が多くの契約書に挿入されている。この特約は、仮に契約面積と実際の面積との間の相違が存在しても、そのことで代金の増減額訴権を発生させないとするものである。面積担保免除特約は、19世紀の境界確定文献において「慣例」であってこれを欠く契約書は見あたらないと指摘されるほどであ

を否定した。)、数量確保意思、数量表示とともに数量をもとにした代金額の決定が要件とされている(大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論〔第2版〕』(有斐閣, 2005年)53頁, 平野裕之『契約法』(信山社, 2007年)314頁等参照)。そして、土地売買が数量指示売買に該当するとされた例として、最判平成13年11月22日判時1772号49頁, 判タ1083号117頁があり、坪単価値下げ交渉があったこと、目的物が小規模宅地であったこと、買主が実測図を要求したこと、公簿面積が実測面積と一致すると少なくとも買主が認識していたことにより、数量指示売買として判断され、売買物件の表示について「末尾記載の通りとすべて面積は公簿による」との文言があったが、これは実測面積と公簿面積の違いがあったときでも減額しないとの趣旨ではないとした(安永正昭=鎌田薫=山野目章夫編『ジュリ別冊 不動産取引判例百選』(2008年)148頁〔松岡久和〕)。また、フランス民法典1618条は数量超過の場合の代金増額を明文で認めているが、日本民法では、明文はなく、また、判例は、代金増額の合意を認めうる場合を別として、563条の類推適用によっては代金増額を認めることはできないとする(最判平成13年11月27日民集55巻6号1380頁)。なお、担保責任を負わない旨の特約については、原則有効とし、「知りながら告げなかった事実」等につき責任を免れることができないとした民法572条があるが、議論は豊富ではない(『新版注釈民法(14)』(有斐閣, 1993年)413頁〔柚木馨・高木多喜男〕)。

り⁸⁷⁾、現在に至るまで多用されている。例えば、マロリーとエネスの体系書は、次のように述べている。

「ある場合には、契約において面積と価格の関係を明示している。これは、面積単価売買である(1617-1618条)。ある場合には、面積は表示されているが、しかし、価格との関係はないことがある(1619-1620条)。この場合にも、価格調整があるが、そのためには実面積と表示の相違が少なくとも20分の1以上あることが必要である。とはいえ、通例は、特約がこうした面積「担保」(la «garantie» de contenance)を免除している。面積担保免除特約には、売買後の争いを避ける効用がある。というのも、それは、面積不足がどれほどであっても、契約の安定と安全を保障しているからであり、それが有効であることは法の定めるところである(1619条末文)。⁸⁸⁾」

「面積担保免除特約は、次のような文言である。『買主は、売却不動産をあるがままの姿で受け取り、表示面積と実際の面積とで相違があっても不服を申し立てることは将来もなく、この相違が20分の1以上でも、買主の利益又は損失として受けいれる。』⁸⁹⁾」

87) A. S. MORIN, *Principes du bornage*, 1860, p.23. は、「土地売買においては、面積担保免除特約を設けることが慣例になっている。この定式的文言は、売買のみならず、交換、賃貸借、共有物分割などが、囲障を設置していない土地を目的とするときに使われている。この場合には、面積表示は、土地を特定するという意味しか持たないことになる。」と指摘している。20世紀初めの文献も、「パリ法院の古い判決(Paris, 16 juin 1807, S. 7.2.1051)は、この特約がありふれた(banale)のものであるとしつつ、特約が面積不足や超過を理由とする請求を排除するのは、不足や超過が20分の1に満たないときに限られると判示し、特約を効果ないものとしたが、この判決については、一般的な形で判例変更があった(Cass., 18 nov. 1828, S. 29.1.119; D. 29.1.18)。」と述べている

(G. BAUDRY-LACANTINIERE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil: De la vente et de l'échange*, t. 19, 1909, n° 342)。更に、J. HUET, *Traité de droit civil: Les principaux contrats spéciaux*, 2001, n° 111539も同様の指摘をしている。面積担保免除特約は、フランス不動産売買において2世紀にわたる慣行となっている。

88) MALAURIE et al., *supra* (note 30), n° 359.

89) MALAURIE et al., *supra* (note 30), n° 359 note 25.

この特約の効力が認められる場合には、面積表示は、不動産を特定する意味を持つにとどまる。しかし、近年では、特約の適用領域を制限する裁判例が増加している。①売主が悪意であって買主を欺くために挿入されている場合には適用されない(破毀院民事第3部1982年1月12日判決 Cass. Civ. 12 janv. 1982, Bull. civ., III, n° 12, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1983, 147, obs. REMY)。②売主が専門家・業者であって買主が非専門家である場合には適用されない(パリ控訴院1998年4月7日判決, CA Paris, 7 avr. 1998, D. 1998. IR. 136, また消費者契約法による濫用的条項とされる場合も考え得る)。③面積担保免除特約があっても、錯誤(民法典1110条)を理由とする契約無効の主張は、可能である。というのも、買主にとっては、面積が「目的物の実体そのもの (la substance même de la chose)」(民法典1110条)にかかわりうるからである⁹⁰⁾(破毀院民事部1931年11月23日判決 (Cass. civ. 3°, 23 nov. 1931, D.P. 32.1.129, note JOSSERAND⁹¹⁾, パリ控訴院1999年10月14日判決 (CA, Paris, 14 oct. 1999, *Revue de droit immobilier*, 2000, p. 62, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN等)。もっとも、最後の点については、買主が無効を主張する場合には、購入物件を返還しなければならないから、救済としては限界があり、代金減額などが適切な手段である。

他方、合意境界確定の重要性は次第に認識されるようになってきた。ユーール・エ・ロワール県 (département d'Eure-et-Loir) 公証人・測量専門家委員会が全国公証人会会長及び測量専門家会会長の許可を得て1981年に発表した論文

90) F. COHET-CORDEY, J. LAFOND et A. DELFOSSE, *Ventes d'immeubles*, 2^e éd., 2008, n° 574. また、区分所有権の専有部分の売買には、適用されない (MALAURIE et al., *supra* (note 30), n° 359)。

91) 7800m²あると表示された土地面積が実際には5119m²しかなく、買主が分割再転売する意図での契約であったため、面積が契約の重要部分であり、しかも、売主は悪意であって錯誤をもたらした例であったが、破毀院は、「(面積担保免除特約の結果……小柳注) 目的物件の面積不足が1619条の目的物の面積が20分の1以上不足していることに依る代金減額をもたらさないとしても、面積不足の不動産が契約の両当事者が認識している購入契約の目的に不適切なものとなっているときには、別の問題がある。この場合は、面積は契約の目的物の実体そのものになり、この点に関する錯誤は、民法典1110条の適用を可能にする。」と述べた (MALAURIE et al., *supra* (note 30), n° 359, note 30)。

「境界確定調書——民事及び財政的側面と不動産登記」⁹²⁾は、①都市部においても、農村部においても土地取引に際しては対象土地の特定のために地籍(cadastre)への言及がなされるが、地籍自体には法律的価値はない(aucune valeur juridique)こと、②公証人は第2次世界大戦後とりわけその取引対象の特定について注意を払うようになったこと、③過去においては土地価格に比較して境界確定費用は高かったが、現在は土地価格の上昇により、その割合は低下したこと(5%から2%程度)、④都市計画法制が土地の形態について正確な認識を求めていること、⑤税制において例えば一定面積以下の土地に優遇措置がある場合などがあり、土地面積等の物理的性状について正確な情報が必要とされていることを指摘し、合意による土地境界確定の必要性及び有益性を強調した。なお、この場合の土地境界確定とは、測量専門家によりなされた技術性・正確性を担保されたものを指している。こうして新たな法制度の展開が必要視されるようになる。

更に、フランス法において、一定の土地面積がないと建築許可がおりない場合がある。また、建築物の一部が境界線を越えてしまったという越境建築(empiètement)について、破毀院は、民法典545条の「いかなる者に対しても、公益を理由として、かつその者が正当かつ事前の補償を受ける場合でなければ、その所有権を譲渡することを強制されない」との規定を厳格に適用し、土地所有者の除却請求について権利濫用法理を適用しないため、僅かな越境でも建築物所有者に除却を命じている⁹³⁾。こうした破毀院の厳格な態度を考え

92) « Le procès-verbal de bornage : L'aspect civil et fiscal, La publicité foncière », *JCP N*, 1981, Doctrine, p.350.

93) CORNU, *supra* (note 8), n°86. 破毀院民事第3部2002年3月20日判決(Cass.civ.3^e, 20 mars 2002, Bull. civ., 2002, III, n°71)は、測量専門家の鑑定により0.5センチメートルの越境があるとされた壁の除却請求について「越境は無視しうる」として除却請求を認容しなかったパリ控訴院判決があったところ、除却請求をなしていた地主側から破毀申立てがなされ、破毀院が「越境がわずかであったとしても、控訴院の判決は、民法典545条に反している」との判決を言い渡した例であり、破毀院の厳格な態度を象徴している(D.2002, 2775, obs. CARON; D.2002, somm. 2075, obs. MALLET-BRICOUT; JCP, 2002.II 10189 obs. BONNET; JCP 2002, I, 176, obs. PÉRINET-MARQUET)。ペリネマルケは、本件については、壁の後退が必要なだけであり、破毀院の判決は正当化しようと

ば、境界確定が土地取引のために有益であることは疑いが無い。

(イ) 2000年都市計画法典改正

a. 都市連帯・再生法(SRU法)による都市計画法改正

フランスにおける契約実務においては、売買契約書において土地面積及び境界を特定するために地籍への参照が行われている。しかし、地籍情報そのものは、財政的又は行政的なものであり、土地の境界や面積を証明するものではないことは、しばしば指摘されてきた。建築地については面積情報などが不確実である場合には、重大な結果をもたらされることがあった⁹⁴⁾。こうした状況に鑑み、既に1989年に測量専門家団体と公証人高等評議会が連名で建築目的の土地売買契約書において測量専門家による測量情報を添付することの義務付けを求める提言を行い、これをうけ、区分所有建物については、1996年の区分所有法改正により、売主は、取得者に対して、面積担保のために専有部分の面積を

するが、破毀院の越境建築判例法理一般については、545条の文字にとらわれすぎ、「所有権の尊重がこの領域では行き過ぎになっている。しかし、そうはいつても、所有権の尊重は、やはり民法典の起草者が求めたものである。」と指摘している(H.PÉRIGNON-MARQUET, « L'immeuble et le Code civil », in ; Université Panthéon-Assas (Paris II), 1804-2004 *Le code civil : un passé, un présent, un futur*, 2004, p.401)。破毀院の厳格さは、日本法の態度と対比をなす(K. YOSHIDA, « Problèmes contemporains de la propriété immobilière au Japon : Une notion à la japonaise de la propriété foncière », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, n° 3 juillet-septembre, p.440, 高荒敏明「接境建築・越境建築」安藤・前掲注(7)書386頁)。

2008年の物権法改正草案は、この点への修正を提案している。それによれば、建物の除却請求は、越境が0.3メートル以下でかつ非意図的な場合には、請求者が越境建築の認識を持ってから2年間を過ぎるか又は建物が建築されてから10年を過ぎたときにはなしえない(539条1項)。除却請求が認められない場合には、裁判所は、いずれかの土地所有者の請求により、越境された地盤の土地所有権の移転を命じ、その代償を支払わせる。その場合には、土地の価値のみならず、越境によりもたらされた(越境者側の)価値増加及び越境に基づく(被越境者側の)損失を考慮する(同2項)。かくして、草案は、一方で、伝統的な土地所有者の除却請求権を維持しつつ、他方でその限定を試みたものであるが、結果として複雑な制度となっている。

94) PÉRIGNON, *supra* (note 26), n° 4.

情報提供することが義務付けられた⁹⁵⁾。更に、2000年に制定された都市連帯・再生法(SRU法)に基づき、都市計画法典法律部分L.111-5-3条が次のように規定した⁹⁶⁾。

都市計画法典法律部分L.111-5-3条「1 土地の売買を実現又は確認する総ての売却の一方予約又は購入の一方予約⁹⁷⁾又は契約は、それが一定の土地の売買契約を実現するか確認するかの目的を持ち、そこにおいて示された取得者の意思が、その土地に居住用又は居住用・職業用の混在用途の建物の建築にあることを示しているときは、その土地についての記載事項(descriptif)が境界確定に由来するか否かを明示しなければならない。売却地が画地分譲(lotissement)の区画である場合⁹⁸⁾、協議整備区域(une zone d'aménage-

95) MALAURIE et al., *supra* (note 30), n° 359-5°.

96) « La contenance dans le contrat de ventes immobilières », note conjointe du Conseil supérieure de l'Ordre des géomètres-experts et du Conseil supérieur du notariat du 28 juin 1989, *Defrénois*, 1989, art.34630, p.1369. なお、ジャン＝ピエール・フェラン(西海真樹=小寺智史訳)「フランス都市計画法の現代的変遷」比較法雑誌2007年3号。

97) フランス法の不動産売買契約に関して、横山美夏「不動産——物権変動に関する『フランス法主義』の再検討」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣, 2006年)参照。フランス古法以来、契約当事者は、公証人の面前で売買契約証書を作成するのに先立って、公証人証書又は私署証書により売買予約を締結していた。同論文は、「売買予約には、一方の予約(*promesse unilatérale*)と双方の予約(*promesse synallagmatique*)とがあるが、どちらの場合にも、当事者は予約締結時に、目的物・代金その他の契約条件および、売買契約書作成までに当事者が負う義務、たとえば売主の、目的不動産に付着した担保を消滅させる義務や、買主の銀行融資申請義務について合意する。そして、その後、公証人によって目的物に関する権利の履歴や現状などの調査がなされ、売買契約締結の諸条件が整った段階で、公証人の面前で公正証書による売買契約書に署名がなされる。」(216頁)、「*promesse unilatérale*は、わが国における一方の予約に対応する。」(同216頁注53)と指摘する。

98) 画地分譲における売買予約については、民法典1589条2項の追加が1930年にあり、「売買の予約が既に画地された又は画地分譲される土地に関わる場合には、その承諾及びそれから生ずる合意は、名称の如何を問わず代金に関する内金の支払いによって、及びその土地の占有の開始によって成立する。」と規定する(中田裕康「売買契約」北村・前掲注(51)書379頁)。

ment concerté⁹⁹⁾) の中でなされた整備を行う公法人又は私人による土地の分割 (division) の結果による場合又は都市整備団体による土地区画整理 (remembrement) に由来する場合には、売買予約又は契約において境界確定に基づく土地形状記載がなされる。

2 第1項に記載された各別の場合に依じた土地形状記載が存在しない場合には、土地の売却の一方予約における受益者 (le bénéficiaire en cas de promesse de vente)¹⁰⁰⁾、購入の一方予約における諾約者 (le promettant en cas de promesse d'achat)¹⁰¹⁾ 又は取得者は、売買契約を実現する公証人証書作成から1ヶ月後までの間は、それらの無効訴権を有する。(予約証書等に記載がない場合でも) 公証人証書において当該事項について記載がある場合で、それに署名したときは、必要事項無記載を理由とする無効訴権を行使することができない。」

99) 「zone d'aménagement concerté (Z.A.C.) 協議整備区域：土地を開発し基盤整備を行い、そこに建築物又は公共施設を建設することを目的として公法人が関与する区域。」(『フランス法律用語辞典』)。

100) 土地売買の一方予約には、売却一方予約 (promesse unilatérale de vente) と購入一方予約 (promesse unilatérale d'achat) とがある。売却一方予約とは、「それにより一方当事者である諾約者 (promettant) が、ある物を他の者である受益者 (bénéficiaire) に売却する契約であり、受益者は、予約に定められた間は、予約完結権を行使しうる。」と定義されている (P.-J. MEYSSAN et D.RADOT « De la vente de l'immeuble à son acquisition : le choix de l'avant-contrat », in, Notaires de France, *supra* (note 22), n° 2057; MALAURIE et al., *supra* (note 30), n° 110)。受益者は一定の期間予約完結権を行使するか否かのオプション権を有するが、「受益者がオプション権の対価を反対給付として支払うのが通常である。この対価は、具体的には、予約者がオプション権を行使し得る期間の間目的物を処分できないこと、すなわち、資本の固定化に対する対価」とされる (横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転 (一)」早稲田法学65巻2号 (1990年) 24頁)。売却一方予約の場合、無効訴権を有するのは、受益権者即ち実質的な買主に当たる。

101) 購入一方予約は、売却一方予約の反対になり、「それにより一方当事者である諾約者 (promettant) が、ある物を既に定めた一定の価格で、取得する契約であり、その物は、他の者である受益者 (bénéficiaire) に帰属しているが、受益者は、予約に定められた間は、予約完結権を行使しうる。」と定義できるとされている (MEYSSAN et RADOT, *supra* (note 100), n° 2057; MALAURIE et al., *supra* (note 30), n° 127)。よって、ここで無効訴権を有するのは、諾約者即ちやはり実質的な買主であり、売却一方予約の場合と実質的には同様の事態になる。購入一方予約は、売却一方予約に比べて数は少ないとされる。

b. 境界確定情報提供義務と境界確定義務

本条は、契約等に「示された取得者の意思が、その土地に居住用又は居住用・職業用の混在用途の建物の建築にあるとき」に適用される。それ故、商業用建物建築の目的で土地売買がなされた場合や単に更地として確保するだけのための土地売買には適用されない。本条には、居住用を中心とした消費者保護的な要素がある。

本条については、二つの場合の区別が必要である¹⁰²⁾。通常の売主に課せられるのは、土地についての境界確定義務ではなく、土地について境界確定があったかどうかを買主に知らせる情報提供義務(境界確定情報提供義務)である。この義務は、書面への記載により果たされる。記載事項について、公証人高等評議会と測量専門家団体との連名の申合せによると、「土地面積に関する情報に関するものでなければならない。土地の境界についての特徴的な要素(樹木、境界標、囲障)についての記載を意味する。そして、以前の権原証書、囲障が共有に依るか否かの記述、また種々の地役権に関する記述も含む」とされている。売主は、こうした記述が境界確定に基づくのか否かについて情報提供義務を負う。境界確定に基づくか否かの最大の相違は、境界確定は対審的になされているのに対して、そうでない場合には、一方的であることである。なお、面積担保免除特約と境界確定とを比べれば、境界確定がなされている場合には、結果的に面積が担保される。だからと言って両者は同一ではない。面積担保で問題になるのは、基本的には、数量としての面積の数字である。耕地や採草放牧地として土地を農業的に利用する場合には、土地の形状(間口、奥行、変形具合等)はそれほど重要でなく、結果としての面積が特に重要になるが、都市的土地利用の場合には、形状が大きな意味を持つ。例を示せば、面積が1000平米の土地でも、間口20メートル×奥行き50メートルの土地と間口25メートル×奥

102) S. DIBOS-LACROUX et E. V. LENERZ, *Servitudes et mitoyenneté : Le guide pratique*, 2007, p.207 ; P. CORNILLE, « La nouvelle obligation d'information sur le descriptif des terrains à bâtir », *Construction-Urbanisme*, 2001-4, p.7 ; DELESALLE et HERRNBERGER, *supra* (note 22), p.390.

行き40メートルの土地とが可能であり、両者は都市的土地利用の観点からは相当に相違があり、実際の価格が異なりうる。それ故、境界確定の場合の方が都市的土地利用に合致している。

以上の義務的記載がない場合には、取得者は、無効訴権の行使により契約の無効を主張しうるが、その無効訴権は売買の実現のための公証人証書に署名した後1ヵ月を過ぎる前に行使しなければならない。無効訴権が一方当事者の利益のために設けられ、また、時間制限に服するという意味で、この無効は、相対的無効 (*nullité relative*) として位置付けられ¹⁰³⁾、日本法での取消しに近い意味を持つ。なお、法文が示すように、売買の予約において境界確定情報提供がなされていなくとも、後に公証人証書の段階で境界確定情報について記載がある場合には、この無効訴権は、行使し得ない¹⁰⁴⁾。以上のように、この条文は、この限りで、境界確定について間接的に促進しているだけであり、直接義務付けてはいない。

これに対して、売却地が画地分譲 (*lotissement*) の区画である場合、協議整備区域 (*une zone d'aménagement concerté*) の中でなされた整備を行う公法人又は私人による土地分割の結果による場合又は都市整備団体による土地区画整理 (*remembrement*) に由来する場合については、境界確定義務及び証書への記載義務が設けられた¹⁰⁵⁾。

画地分譲 (*lotissement*) とは、建築のためにひとつの土地を区画割りして分

103) *nullité* (無効) は、「裁判官により言い渡される、成立のための要求される条件を満たしていない法律行為を遡的に消滅させる行為」とされ、公の秩序や善良の風俗を目的とした絶対的無効と一方当事者の保護のための相対的無効とがある(『フランス法律用語辞典』)。更に、鎌田薫「いわゆる『相対的無効』について——フランス法を中心に」椿寿夫編『法律行為無効の研究』(日本評論社、2001年)135頁。

104) J.-L. BERGEL, « La protection de l'acquéreur immobilier », *Droit et Patrimoine*, n° 109, novembre 2002, p.62.

105) 土地区画整理が完了した場合には、その後境界線を争うために境界確定訴訟を提起することはできないというのが破毀院の判例であり、最近の破毀院民事第3部2005年10月19日判決 (Cass. civ. 3°, 19 oct. 2005, Bull. civ., III, n°201) も、「司法裁判所は、完了した土地区画整理についてその境界線を問題にすることはできない」と述べている。

譲することであり、この2000年当時の都市計画法典においては、「画地分譲とは、建物を建築するためにひとつの所有権に属する土地を3以上の数にする目的で行う、又は10年未満の期間内に同じ結果になるあらゆる土地区画分割をいう」とされていた(命令部分R.315-1条)。画地分譲は、フランス都市計画法においては、純粹に私的な性格のものとはみなされず、1980年代の地方分権化改革により、市町村長が画地分譲許可を交付することとされ、これがない画地分譲は許されないことになった。画地分譲許可は、建築許可と同様の手続で交付された¹⁰⁶⁾。

画地分譲に境界確定を求めるこの規定は、全くの新機軸ではない。というのも、破毀院判決は、既に1970年代から、画地分譲(lotissement)の場合には、分譲者は、その移転義務の一環として、売却すべき区画の界限について地図で明示することを義務付けられ、隣接当事者の中で境界確定がなされていない場合には、契約上の債務不履行となるという判例法理を展開していたからである¹⁰⁷⁾。特に、破毀院民事第3部1983年2月8日判決(Cass. civ. 3^e, 8 févr. 1983, Bull. civ., III, n^o 37)は、画地分譲を行った不動産業者に対して、その画地購入者が、購入した土地の面積及び間口において売買契約書に記載されていたところよりも小さかったという理由で、契約書通りの契約の履行及び損害の賠償を請求した事案であった。控訴院が原告の請求を認容し、画地分譲業者に損害賠償を命じたところ、画地分譲業者は、「民法典1605条(「不動産を引き渡す義務は、売主の側では、建物に関する場合には鍵を交付したとき、又は所有権の名義を交付した

106) 私的な土地の分割である画地分譲に行政の許可が必要とされることに疑問が起こりうるかもしれないが、日本の都市計画法も「主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更」である開発行為(4条12号)について、「開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事等の許可を受けなければならない」(29条第1項)と定めている(例えば、安本典夫『都市法概説』(法律文化社、2008年)54頁、稲本洋之助=小柳春一郎=周藤利一『日本の土地法——歴史と現状〔第2版〕』(成文堂、2009年)107頁)。それ故、フランス法の画地分譲のような都市計画の見地からの建築目的私的土地分割規制は、異例の制度ではない。

107) COHET-CORDEY et al., *supra* (note 90), n^o 190.

ときに履行される。」……小柳注)によれば、売主の債務は、所有権を買主に引き渡すことにあり、売主には事前の境界確定義務は全く課せられていないのであり (aucune obligation préalable de bornage n'est imposée au vendeur), 控訴院の判決は民法典1605条に反している。」というものであった。これに対して、破毀院は、「控訴院判決が正しく述べるように、画地分譲においては、売主の引渡義務は、単に所有権と画地分譲地図を買主に引き渡すだけではなく、売却した土地に適切に境界を定める義務 (l'obligation de fixer nettement sur le terrain les limites des lots vendus) も包含する」と判示して、画地分譲業者の破毀申立てを斥けた¹⁰⁸⁾。こうした判決が2000年の都市計画法典改正につながった。

また、協議整備区域とは、「土地を開発し基盤整備を行い、そこに建築物又は公共施設を建設することを目的として公法人が関与する区域。公法人自らがそれら施設を利用する場合もあれば、基盤整備が終わった後に公的又は私的建設業者に譲渡する場合もある。協議整備区域では土地占用計画および地方設備投資税といった通常の都市計画規範の適用を除外し、各々の協議整備区域に固有な規範を適用することができる。」(『フランス法律用語辞典』) 区域である。それ故、特別の都市整備が行われる区域と考えればよい。最後の、都市整備団体による土地区画整理に由来する場合は、日本における土地区画整理を考えればよい。

以上の3つの場合に境界確定が義務付けられるが、とりわけ画地分譲地の売買における境界確定は、実例も多く、また、他の場合に比べて私的イニシアティブが強いために問題にされることになる。

108) この判決に続いて、エクサンプロバンス控訴院1995年8月4日判決 (CA, Aix en Provence, 4 août 1995, Juris Data 1995-046402) も同様に画地分譲業者の境界確定義務を認めた (F. MAZUYER, « Bornage : La prévention des conflits et non plus leur seul règlement », *Géomètre*, n°2056, février 2009, p.40)。

イ 都市連帯・再生法（SRU法）後における議論の展開

（ア）境界確定の困難

a. 合意境界と対審性

物権法研究者として著名なペリネ＝マルケ教授は、都市連帯・再生法（SRU法）と不動産取引の関連を検討した論文において、画地分譲等の場合について、立法者は、紛争を事前に防止することを目的とし、取得者に対して、その土地の境界について確実性を保障することを意図したと指摘しつつ、「更に、境界確定の対審性は、この場合に問題を惹起することがないように見える。というのも、画地分譲等の場合には、売却がなされる前には、多くの土地は一人の所有者に属しているのであるから。」と論じた¹⁰⁹⁾。これは、いずれかといえば、楽観的な見解である。

これに対して、民法理論及び物権法の権威として著名なベルジェル教授は、都市計画法典と境界確定の問題点を次のように論じている¹¹⁰⁾。境界確定情報提供義務にとどまる一般の土地売買については、大きな問題はない。そもそも、この場合には、単に境界確定があるか否かの情報を提供するだけの義務にとどまっている。それ故、売買契約書等の記載条項に土地面積を記載し、これが境界確定に由来していないことを付記すれば、それで売主の義務は足りる。また、画地分譲において境界確定を行っていない場合には、分譲者が取得者に対して債務不履行責任を負うことは、既に判例でもあった。それ故、今度は、これが法律の定める義務になった。以上のように指摘した後に、ベルジェル教授は、次のように論ずる。

「この境界確定義務は、原則としては当然のものであるが、しかし、適用上問題があり、とりわけ画地分譲の場合に問題が著しい。というの

109) H. PÉRINET-MARQUET, « L'impact de la loi SRU sur la vente immobilière », *JCP N*, n° 10, 9 Mars 2001, 2001, n° 11.

110) BERGEL, *supra* (note 104), p.61.

も、画地分譲をなすべき一団の土地の周辺部の土地所有者との間になすべき境界確定については、周辺部土地所有者の非協力という問題があり、彼らは疑問に感ずる手続にあえて急ぐことはないと考える。合意境界確定ができない場合には、境界確定訴訟になるが、それは時間を相当に消費することになる。というのも、隣接所有者の中には、濫用的な態度の者も存在するからである。

画地分譲の一団の土地の内部の境界確定にも問題がある。民法典646条に従い、境界確定は、対審的でなければならない。そのため、境界確定をなすには、相異なった土地所有者が必要になるが、画地分譲の場合にそれが可能になるのは、分割が行われ画地が売却された時になる。この場合には、対審性という要件を満たすために、事前に土地分割を行って、その後売却の際に買主と売主とでその線を追認するという手続に依ればよい。」

以上のようにベルジェル教授は、画地分譲の際に内部と外部の両面について境界確定の問題があり得ることを指摘している。外部の問題は、いわば合意が得られるかという問題であるから、境界確定法理一般の問題である。内部の問題は、土地所有者が自らの土地を分割する場合には、対審性の要件を満たすことができるかという境界確定法理の根本的な問題を指摘している。これについて、「事前に土地分割を行って、その後売却の際に買主と売主とでその線を追認するという手続」により対審性を満足することが可能であるとしている。ベルジェル教授は、別の論文でも同様の指摘をしている¹¹¹⁾。もっとも、果たして買主が売買契約の際に追認するかは問題である。この点に関しては、更に問題を指摘する論者が登場する。

111) J.-L. BERGEL, « La réforme des lotissements », *Droit et ville*, n° 54/2002, p.29

b. 大土地分割における対審性要件充足の困難

(a) 二つの境界確定

測量専門家であるマズイエ氏は、2001年に発表した「境界確定の曲がり道」と題した論文において、大土地所有分割での境界確定の問題を論じ、次のように述べた¹¹²⁾。

「この場合、土地は、“境界を示されて”いる。しかし、それは、対審的でない方法によっている。それ故、それは民法典646条にいう境界確定にあたらぬ。というのも、境界標を設置した時には、相異なる二人の所有者による土地の隣接という状況がないからである。こうした将来の土地所有権分割に備えて境界標設置を行った土地分割は、広義の“土地分割の境界設置 (bornage de division)”と呼ばれる。」

なお、マズイエ氏自身は、こうした“土地分割の境界設置 (bornage de division)” (民法典646条の対審性を備えない土地境界設置)でも都市計画法典L.111-5-3条の要件を満たすであろうと論じた。

これに関する裁判例として、ヴェルサイユ控訴院2001年6月8日判決 (CA Versailles, 8 juin 2001, JURISDATA 2001-184653) は、大きな土地を分割した場合に対審性を遵守した境界確定がなされたと言えるかが問題とされた例である。ここでは、土地所有者が隣接土地所有者に合意境界確定を申し立てたが受け入れられなかったため、境界確定訴訟を提起したが、隣接土地所有者は、原告の土地は被告の自分の土地も含めた広い土地の一部であり、分割に際して、測量専門家の作成する分割地図があるから、既に境界確定があることになるとして、原告は境界確定訴訟を提起し得ないと主張した。これについて、原審であるコロンブ小審裁判所は、既に合意境界確定があるとして、原告は境界確定訴訟を提起し得ないとした。原告は、この判決について控訴に及び、測量専門家により

112) F. MAZUYER, « Les chemins sinueux de la garantie du terrain », *Études foncières*, n° 93, septembre-octobre, 2001, p.26. PÉRIGNON, *supra* (note 26), n° 11 もこの議論を支持している。

なされた境界確定は、対審的なものではないため、自らに対抗し得ないと主張した。ヴェルサイユ控訴院は、次のように述べた。

「測量専門家により作成されているが、この地図は、真の境界確定調書の形式を欠いている。というのも、真の境界確定調書は、確定権原となり、総ての関係者により署名され、境界について争いも留保もないものでなければならないが、この地図はそうしたものではない。更に、境界標の設置も行われていない。……この文書は、合意的対審的境界確定調書たり得ないのであり、両隣接当事者のこの点に関する合意がないが故に、土地所有者は境界確定訴訟を提起しうる。」

本判決の評釈を担当したコルニイ弁護士は、次のように述べている。

「この判決は、改めて、これからはフランス法においては、境界確定というときに二つのものがあることを示している。第一は、古典的なもの・民法典646条に対応したものであり、本判決の維持する境界確定概念である。第2は、都市計画法典法律部分L.111-5-3条(2000年の都市連帯・再生法(SRU法)に由来する)が規定するものである。とりわけ測量専門家の間で支持されている学説によれば、都市計画法典法律部分L.111-5-3条の規定する境界確定は、非対審的なものであり、それ故、民法典646条の規定する境界確定に該当しないというのである。その理由は、将来の境界を具体化するための境界標を設置したときには、二人の異なる所有者は存在しないということにある。……将来の判例のみが、この新しい(対審性を欠いた)境界確定が、都市計画法典法律部分L.111-5-3条の求める境界確定といえるかどうかを明らかにするであろう。」

以上のコルニイ弁護士の指摘するように、都市計画法典法律部分L.111-5-3条の要求する境界確定について対審性を重視した従来の境界確定法理のままで実現するのは、困難である。そして、対審性を欠いた境界確定(“土地分割の境界設置(bornage de division)”)で都市計画法典法律部分L.111-5-3条を満足することになるのかも明らかでない。

(b) 土地の全体的境界確定

これにつづけて、2003年に、いずれも公証人であるデュルサルとエルンベルガーにより境界確定の問題点を包括的にとりあげる『境界確定の落とし穴』と題された論文が発表された¹¹³⁾。論文の機縁は、都市連帯・再生法(SRU法)改正について、不動産取引のあり方との関連で2003年の公証人大会が問題にしたことである。同論文は、境界確定について、実務的には、以下の点に注意すべきであると述べている。

①単なる測量では境界確定にならず、対審的(contradictoire)なものでなければならない。それ故、境界確定は、異なる土地所有者の間でなされるものでなければならない。これは、境界確定が自らの土地と他人の土地との区別をすることであることの帰結である。

②境界の一部ではなく、問題となる境界の全部について境界確定が必要である。それ故、隣地所有者と接触するすべての部分について境界確定をなす必要がある。

③公道との境界には注意が必要である。というのも、フランス法においては、私的所有権と公共用財産との境界を定めることは、境界確定手続に属さず、行政による査定に委ねられている¹¹⁴⁾。それ故、私有者との間で境界確定がなされている場合でも、公道に接する面は保障されておらず、それ故、土地面積も違ってくる可能性がある。なお、これについては、個別に当局との交渉が必要になる。

④大きな土地を所有していた者がそれを2分割した場合には、その際に対審的境界確定がなされた訳ではない。同論文は、これに関連して、次のように指摘する。

「土地所有者が自らの土地を二つの土地に分割する場合に、境界確定の

113) DELESALLE et HERRNBERGER, *supra* (note 22), p.388.なお、この大会では、より適切な対策は、単に面積担保免除特約を無効とすることではなかったかとの提言も存在する(MEYSSAN et RADOT, *supra* (note 100), n° 3171)。

114) MÉMETEAU, *supra* (note 8), n° 77; ATIAS, *supra* (note 8), n° 42.

手続を実現することができるであろうか? ヴェルサイユ控訴院の最近の判決は、破毀院の対審性原則を貫いたものであり¹¹⁵⁾、当初の土地所有者が作成した土地分割計画書は、境界確定の効果を持たないとし、分割された土地の取得者や転得者は境界確定訴訟を提起しようとした。それ故、土地分割計画書とそれに含まれる分割調書が、境界確定としての効力を持つためには、分割された土地の将来の買主が署名することが必要になる。しかし、その将来の買主は、署名をしたときにはまだ土地所有者ではないのであるから、この署名の効力はどのようなものであろうか。

われわれは、破毀院が重視する境界確定の対審性を正当なものとして承認しつつ、大きな土地からの分割の場合にはその例外として認めるべきではないかと考える。というのも、土地を分割した者は、所有者としての権限を行使したのであり、その権限には、二つの分割した土地の境界を定めることも含まれる。……

それ故、売買証書にこの調書と境界証書を附属させること、そしてそれにたとえそれに一人の署名しかないにしても、境界確定としての効果を認めることも可能だと考えるべきである。この一人の署名は、この場合には、対審的な性格を有することになる。」

同論文は、こうすることで、売買契約書とともに境界確定調書も登記されることになり、境界確定があまり登記されないことを考えれば、非常に適切な結果をもたらすことになるとも指摘している。

以上を元に、境界確定について見ると次の図のようになる¹¹⁶⁾。境界確定が問題になる土地について、土地1との境界(ABの線)はここでの隣地所有者が境

115) ここで言及されているのは、破毀院民事第3部2002年1月16日判決 (Cass. civ. 3^e, 16 janv. 2002, Bull. civ., III, n°7) であり、「境界確定訴訟は、隣接する二つの土地が異なる所有者に属することを前提としている」と判示している。これを対審性の原則を改めて明らかにしたものと理解されている。

116) この図は、DELESALLE et HERRNBERGER, *supra* (note 22), p.393 に掲載されている図を元にしてている。

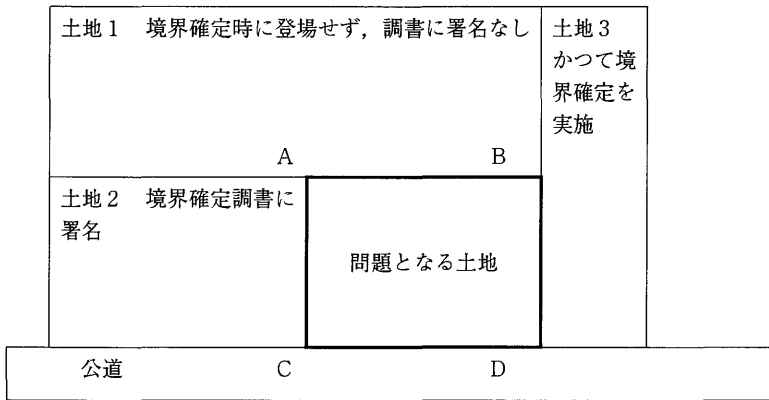


図1 境界確定概念図

界確定調書に署名していないため確定していない。土地2との境界（ACの線）は署名がなされることで，確定する。土地3との境界（BD）は，古い境界確定があればそれが境界線となる。公道との境界（CD）については個別の確定が必要になる。また，大規模面積の土地を分割した場合には，従来の境界確定法理を維持する限り，所有者単独で境界確定はできない。かくして，土地境界確定は，簡単に見えるけれども，実はその実現が容易でない。

(イ) 都市計画法典2005年改正と境界確定促進策提案

a. 都市計画法典改正と画地分譲

2005年には，画地分譲のあり方について都市計画法典改正が行われ，2007年10月1日から施行された。改正後の条文によれば，画地分譲は，次のように規定されている。「画地分譲とは，土地整備操作であって，建物建築目的として土地分割をなすか，又は10年未満の間に建物を建築するためになす土地分割をいう。その分割は，所有権の分割であることも又利用権の分割であることもあり，また，その分割が無償又は有償の権利変動による場合，共有物分割又は賃

貸による場合、単独所有者による場合も複数所有者による場合であっても、建物建築目的であればこれに含まれる」(都市計画法典法律部分L.442-1条)。

改正前においては、「土地を3以上の数に分割」することが要件であり、実質的には、2つの土地に分割する場合には、建築目的であっても画地分譲許可が不要であった。これに対して、2005年改正以後は、そうした裾切りの措置は廃止され、すべての建築目的土地分割が画地分譲許可に服する¹¹⁷⁾。これにともない、境界確定義務に関する規定の適用範囲が拡大し、建築目的土地分割は、原則的に、境界確定が必要になった。

b. 合意境界確定促進の必要

境界確定には、合意境界確定と境界確定訴訟があるが、後者は、相当の日時が必要なことは明らかである。そこで、合意境界確定の促進策が必要であることが指摘された。これについて、2007年9月の第103回公証人大会(リヨン大会)を特集した測量専門家機関誌は、次のように述べ、更なる対策が必要であることを指摘している。

「多くの公証人は、リヨン大会においてはじめて都市計画法典改正の直接的結果である境界確定義務の拡大を理解した。しかし、公証人たちは、改正を好意的に受け止めている。というのも、これにより境界確定が土地取得者の取引安全を確保することにつながるからである。とりわけ、こうした境界確定ある土地を取得することにより、取得者は、建築許可に際しての隣人との争いを避けることができる。

しかしまた、公証人は、改正が土地取引の阻害原因にならないかとの懸念もまた有している。というのも、土地について合意境界確定が実現しないことがあり、それは、隣人が単に境界確定を拒絶する場合、共有

117) JACQUOT et PRIET, *supra* (note 2), n° 539 ; J.-P. MAS et L. CALMELS, « La division contrôlée du foncier », in, Notaires de France, *Division de l'immeuble : le sol, l'espace, le bâti*, 103° Congrès des Notaires de France, Lyon, 23-26 septembre, 2007, n° 1179. 同論文は、隣地所有者の不在、不明、共有(全員の同意が必要)、制限行為能力などが合意境界確定の阻害要因であると指摘する(n° 1537, p.306, note 982)。

物分割に時間がかかる場合、土地所有者がはっきりしない場合などにおこりうるからである。¹¹⁸⁾」

また、2008年9月の測量専門家大会では、各国の報告を参照しながら、合意境界確定の促進が論じられた。なかでも重要なのは、シルヴィ・ポウル＝ルコント測量専門家兼ナント大学法学部講師による「境界確定の現代化のために」論文である¹¹⁹⁾。

ポウル＝ルコント講師の論文は、フランス法の伝統的なスタイルに従い、大きく2部に分かれる。第1部の主眼は、境界確定の役割の変化にある。講師は、「古典的には、境界確定は、私的所有権界確定の仕組みであり、その土地の境界の位置を保障し、その面積を定める。土地の境界を保障することにより、境界確定は、不動産取引安全の保障に貢献する。かくして、都市連帯・再生法(SRU法)は、建築用地取得者の保護のための規定として境界確定についても規定した。」と論ずる。このように、不動産取引との関係でも境界確定を位置付けることが重要である。

第2部の主眼は、そうした新たな境界確定の任務増大に対応して、境界確定の実現のための条件整備が必要なることを指摘する。というのも、合意境界確定にあっては、当事者の合意が重要であるため、当事者の一方が境界確定調書への署名をしないだけでこれを阻止しうる。かくして、「境界確定の実現のための一層柔軟な手続 (une procédure plus souple de réalisation des opérations de bornage)」が必要である。

以上の論文のうち、第1部の前半は、境界確定は古典的境界確定法理について概観するものであり、改めて紹介することは不要である。第1部論文の後半は、土地所有権取得の保障としての境界確定の役割を論ずるものであり、次のように述べる。民法典1583条に従い、売買契約が有効であるためには、売買の

118) « Le bornage à l'honneur », *Géomètre*, octobre 2007, p.10.

119) PAUL-LECONTE, *supra* (note 6). これは、2008年9月17, 18, 19日に開催された第39回全国測量専門家大会において発表された報告である。その後、若干簡略化された形で2009年に *Géomètre* 誌に掲載された。S. PAUL-LECONTE, « Bornage : Nouveau rôle et procédure à moderniser », *Géomètre*, n° 2056, février 2009, p.32.

目的物が決定されているか又は決定可能であることが必要である。そして不動産売買については、目的不動産が特定されていることが必要とされる。その上、特別法が一層の義務付けをしている場合がある。居住用等建築予定地売買に関する都市連帯・再生法(SRU法)に基づく都市計画法典改正がその例である。この結果、都市計画法典法律部分L.111-5-3条は、画地分譲やZAC(Zone d'aménagement concertée)、土地区画整理が行われた土地の建築目的売買については、境界確定自体を義務付けた。もっとも、画地分譲の土地についての境界確定義務について、それが民法典646条の規定する境界確定だとすると、対審性原則に抵触する。それ故、都市計画法典法律部分L.111-5-3条にいう境界確定は、実際には、「民法典の意味の境界確定ではなく、測量専門家により作成された土地境界地図(plan de délimitation)の作成である」。

第2部は、合意境界確定の推進策について論ずる。一方で境界確定の重要性が増大しているにも拘わらず、隣接土地所有者が単に境界確定調書への署名を拒絶するだけで合意境界確定は実現できなくなり、時間と手間のかかる境界確定訴訟によることになる点が問題である。第2部前半は、合意境界確定がなかなか実現しない理由について、対審性(le caractère contradictoire)を指摘する。測量専門家による調書作成でもこの点の尊重は極めて重要である。「測量専門家により作成された調書があっても署名がなければそれは合意境界確定として扱われない。」。また、この対審性の原則は、画地分譲の場合にも問題をもたらす。画地分譲地区の周辺との境界確定は、土地所有者が異なるため、対審性原則を遵守することが可能であり、それ故、独自の困難はない。しかし、地区内の境界確定は、対審性原則が異なる土地所有者間で境界確定をなすことを要請しているために、独自の問題がある。ポウル＝ルコント講師は、「裁判例は、単独所有者に属した一つの筆を分割して二つの新たな筆に分筆した場合に、二つの筆についての境界確定をしたとはしない」ことを指摘する¹²⁰⁾。

第2部の後半で、ポウル＝ルコント講師は、こうした状況下で合意境界確定を推進する方策について二つの提案をする。

120) S. PAUL-LECONTE, *supra* (note 6), p.5.

第一の提案は、困難調書 (procès-verbal de carence ou de difficulté) の活用である。既に述べたように、当事者が合意境界確定調書への署名を拒絶した場合には、測量専門家は、従来の調査をまとめて困難調書を作成し、境界確定訴訟提起が可能であることを伝達している¹²¹⁾。困難調書の法的意義について、破毀院民事第1部1963年10月14日判決 (Cass.civ. 1^{ère}, 14 oct. 1963, Bull. civ., I, n° 145)がある。これは、測量専門家による合意境界確定の調査が進行し、当事者の合意の下に測量専門家が境界標を設置したが、その翌日になり境界確定調書の署名について一方当事者が自分に不利であるとして拒絶した例であった。そこで、他方当事者が、この調書に従って境界を定めることを求めて訴えを提起し、原審は既に両当事者の間で和解が成立していたとしてその請求を認めていた。しかし、破毀院は、次のように述べ、原判決を破毀した。

「しかし、署名を拒否した当事者の述べるところでは、境界確定調書に署名を拒否した以上、測量専門家作成の困難調書があるとはいえ、それは、境界の確定権原をなす境界確定調書としての効力を持つものではない。原審は、この点を検討することなく、判断を下しているのであり、それだけでも、法律に従ったものではない。」

一般には、この判決は、困難調書は限定的な役割しかもたないことを明らかにしたものと理解されている。これに対して、ポウル＝ルコント講師は、こうした場合に困難調書に真の境界確定調書と同様の効果を持たすことを提案する。

一般に、困難調書について、二つの種類があるとされる。一つは、隣地所有者の不在、不明などの場合である。この場合には、単に、測量専門家が調査の義務を尽くしたことを証するだけの効果を持つ。もう一つの場合として、隣地所有者が協力し、それに基づき測量専門家が境界確定案を作成したが、しかし、隣地所有者が署名を拒絶した場合もある。この場合には、ほとんど境界確

121) « Directives du conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts valant règles de l'art.- Directives pour le bornage et le descriptif adoptées le 5 mars 2002 », 2002, *Juris-Classeur Géomètre expert- Foncier*, V° Textes, Fasc. 3, n° 6.

定調査と同様の事項が記載されており、しかも、隣地所有者がなぜ署名を拒絶するか、そしてその見解になぜ測量専門家が従えないかも記してある。これは、その後の境界確定訴訟に際して、先の破毀院判決が示すように、境界確定合意そのものとは扱われないが、境界を探索する裁判官によって相当に重視される場合がある¹²²⁾。ポウル＝ルコント講師は、一定の場合には、そうした役割を強化することを目指すものであろう。

ポウル＝ルコント講師のもう一つの提案は、測量専門家が作成した合意境界確定案を拒絶する当事者に一定の不利益を与えようというものである。

「民法典646条又は646条第1項において、境界確定実現の方式について規定するとすれば、大変有意義であろう。改正条文では、まず、合意境界確定は両当事者の合意を必要とすることを規定する。それにとどまらず、新規定を創設し、もしも一方当事者が境界確定調書に署名することを拒絶するならば、他方当事者が測量専門家により作成された境界確定案に署名すると、拒絶をしている当事者は、2ヵ月以内に裁判所に境界確定訴訟提起をしない限り、合意したとみなされるとするのである。」

第2の提案は、次に見る準備草案653条に近いものになっている。

(2) 2008年11月フランス民法典物権法改正準備草案における境界確定

ここでは、準備草案の概要及びその境界確定規定を紹介した後(ア 物権法改正準備草案)、その特徴について検討する(イ 境界確定関連規定の特徴)。

ア 物権法改正準備草案

(ア) 準備草案委員会

フランスの代表的法律学会であるアンリ・カピタン協会(会長、ミシェル・グリマルディ Michel GRIMALDI パリ第2大学教授)は、フランス民法典の現代化につい

122) F. MAZUYER, « Bornage : Le procès-verbal de carence », *Géomètre*, n° 2056, février 2009, p.36.

で大きな役割を近年果たしている。同協会は、2006年3月23日オルドナンスによる民法典担保法改正においてその準備草案作成などについて大きな役割を果たしてきた。また、ピエール・カタラ教授を委員長とする債権法改正検討グループを創設し、その検討は、早くも2008年の民法典時効法改正に結びついた。

これと関連して、アンリ・カピタン協会は、2006年春に物権法改正検討委員会を創設した。同委員会は、ペリネ＝マルケ教授 (Hugues PÉRINET-MARQUET, パリ第2大学教授) を委員長として11人のメンバーから構成されている。学者としては、ペリネ＝マルケ教授の外に、ベルジェール教授 (Jean-Louis BERGEL, エクスアンプロヴァンス第三大学), ゴドメ教授 (Yves GAUDEMET, パリ第2大学), グリマルディ教授 (パリ第2大学), マランボー名誉教授 (Philippe MALINVAUD, パリ第2大学), シムレー教授 (Philippe SIMLER, ストラスブール第3大学名誉法学部長) が参加しているが、それ以外にも破棄院判事, 弁護士, 公証人, 測量専門家 (フランソワ・マズイエ François MAZUYER, 全国測量専門家連合代表) が参加している。これについて、改正準備草案の説明は、次のように述べている。

「この問題の検討は、11人の比較的少人数の検討委員会で行なわれ、すべての法文について自由な立場から議論がなされた。アンリ・カピタン協会は、検討委員会が大学人のみによって構成されないよう配慮し、物権法改正に関連する専門職が、各専門職団体の指名に基づき、委員として参加した¹²³⁾」。

物権法改正準備草案 (l'avant-projet de réforme du droit des biens, 以下「準備草案」という。) は、2008年10月31日に司法大臣に提出された。また、アンリ・カピタン協会 (L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française)

123) http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf. 準備草案は、単純化と明晰化、革新、他の改革との一貫性について配慮しながら起草された (H.PÉRINET-MARQUET, « Entretien : La proposition de réforme du droit des biens », D.2009.152)。比較的早い段階でその内容を包括的に検討したものとして、W.DROSS et B.MALLET-BRICOUT, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », D.2009.508 がある。

は、2008年11月12日にパリ弁護士会館において準備草案を公表した。準備草案は、境界確定についても規定している。測量専門家が委員に参加することになったが、その関与がもっとも大きいことが考えられるのが、境界確定である。実際、11月12日の講演会では、測量専門家代表のフランソワ・マズイエがこの相隣関係部分の報告を担当している。この点を見ても、この準備草案が持つ重みを知ることができる。

(イ) 境界確定規定の概要

境界確定規定の内容は、以下の通りである。

フランス民法典現行規定 (1804年)	
Article 646 Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.	646条 所有者は、その相隣者に対して、土地の境界確定を請求できる。 境界確定の費用は、共同の負担とする。
物権法改正準備草案 (2008年)	
Chapitre VII- Du bornage	第7章 境界確定
Article 651 Le bornage est l'opération qui a pour effet de reconnaître et fixer, de façon contradictoire et définitive, les limites séparatives des propriétés privées appartenant ou destinées à appartenir à des propriétaires différents. Il résulte de la convention des parties ou d'une décision du juge.	651条 境界確定は、対審的且つ確定的に、相異なる所有者に属するか又は属すべき私的土地所有権の境界線を確認し且つ定める効果をもつ操作をいう。 境界確定は、両当事者の合意又は判決によりなされる。
Article 652 Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs, sauf convention contraire.	652条 すべて所有者は、隣接土地所有者に境界確定を請求しうる。境界確定は、共同の費用でなされるが、反対の合意があればその限りではない。
Article 653 Le propriétaire qui n'a pas accepté une proposition de bornage amiable contradictoire établie par un professionnel agréé doit tenter l'action en bornage judiciaire, dans les 6 mois de la signification, par son voisin, du projet de bornage.	653条 土地所有者が、資格を有する専門家により対審的に作成された境界確定案について、受け入れることができない場合には、隣地所有者から境界確定案の通知を受けてから6ヶ月以内に、境界確定訴訟を提起しなければならない。

A défaut, la limite proposée est réputée lui être opposable et définitive.	そうでなければ、提示された境界の案は、提示を受けた土地所有者に対して対抗できる確定的境界線とみなされる。
Article 654 L'action en bornage est perpétuelle.	654条 境界確定訴権は、時効にかからない。
Article 655 Le bornage requiert le consentement de tous les indivisaires.	655条 境界確定は、すべての共有者の承諾を必要とする。
Article 656 Le bornage ne fait pas obstacle à la possibilité du propriétaire de prescrire au-delà des bornes dans les conditions des articles 549 et 554.	656条 境界確定があることは、549条 ¹²⁴⁾ 及び554条 ¹²⁵⁾ に従って、境界標を超えて取得時効をなすことを妨げるものではない。

イ 境界確定関連規定の特徴

準備草案には、大きく二つの特徴がある。第一は、古典的な境界確定法理を継承している点である（(ア) 古典的境界確定法理の継承）。第二は、新たに合意境界確定の促進策を設けている点である。これは、境界確定の現代的課題に対する対応である（(イ) 合意境界確定の促進）。以下では順に検討を加えていく。

(ア) 古典的境界確定法理の継承

現在のフランス民法典において境界確定関連規定が646条だけであり、しかも1804年フランス民法典制定以来改正の対象になっていない。これに比べる

124) 549条「物の占有者は、30年間の継続した占有により物の所有権を取得する (Le possesseur d'un bien en acquiert la propriété par une possession continue de trente ans.)」草案の境界確定関連の条文翻訳については、「物権法改正問題プロジェクト」(代表・金山直樹慶應義塾大学法科大学院教授)、とりわけ金山教授の助言を得たが、文責は筆者にある。

125) 554条「不動産の占有者が善意にして、移転の権原に基づいている場合には、10年間の継続的占有によりその所有権を取得する。この期間について、停止があることがあるが、しかし、30年を超えるものにはならない (Le possesseur de bonne foi d'un immeuble en vertu d'un titre translatif en acquiert la propriété par une possession continue de dix ans. Ce délai est susceptible de suspension, sans que celle-ci puisse conduire à une durée excédant trente ans.)」

と、準備草案は、条文数も相当に増えている。原案の相隣関係部分について、検討委員会は、現在あるテキストを再確認することで満足したが、653条は、新たに、合意境界確定に対する阻害行為に対する制裁を目的としたと準備草案の説明が述べている。それ故、とりわけ注目に値するのは、この653条である。

ここでは、順番に規定を検討する。境界確定の冒頭規定である651条1項は、境界確定の定義を与えている。それによれば、境界確定は、異なる土地所有者の間で対審的かつ確定的に私的土地所有権の境界線 (*limites séparatives*) を定めるものである。このことは、これまでの学説及び判例が明らかにしてきた。境界確定が対審的でなければならないことは多くの学説及び判例が指摘してきたし、境界確定は境界線についての確定権原になることもまた同様である。

651条2項は、「境界確定は、両当事者の合意又は判決によりなされる (*Il résulte de la convention des parties ou d'une décision du juge*)」ことを明らかにする。これは、境界確定が私的土地所有権の限界を明らかにすることに由来する。日本の境界確定法理が公法上の筆界を対象とし、それ故合意による境界確定に消極的なことと大いに異なると言わなければならない。

652条は、現在の民法典646条を基本的に残したものである。違いは、第2文において、境界確定の費用について共同の原則を引用しつつ「反対の合意があればその限りではない」との限定を加えていることである。しかし、これもまた判例等が承認していたことであって、特に新味はない。652条よりも前に651条という冒頭規定を設けたのは、現在の646条が定義的な側面を有していないことに配慮したものと考えられる。

654条は境界確定訴権が時効にかからないことを明示するものであり、従来からの解釈に合致している。これは、境界確定訴権が所有権そのものの帰結であることを示している。

655条は、共有地の境界確定について共有者全員の合意を必要としているものであるが、これは、破毀院民事第3部2003年7月9日判決 (Cass.civ. 3^e, 9 juill.

2003, Bull. civ., III, n° 155) による判例変更後の破毀院の立場¹²⁶⁾に従ったものである。これは、まず合意境界確定に適用される。更に、境界確定訴訟提起についても全員の合意がないとなしえないことになる。

(イ) 合意境界確定の促進案

準備草案の境界確定規定には、二つの点で、従来とは異なった要素が見られる。一つは、境界確定の定義規定である651条において、境界確定を「相異なる所有者に属するか又は属すべき私的土地所有権の境界線を確認し且つ定める」ものとして、現在は相異なる土地所有者に属していないが、しかし、将来相異なる土地所有者に属することとされている土地について境界確定を認めている。この将来相異なる土地所有者に属することとされているとは、具体的には、画地分譲などの大面積土地の分割を念頭に置いていると考えられる。というのも、これまでについては、画地分譲の場合の内部的土地分割は646条の境界確定ではないとされ、その理由について「この場合には、二人の相異なる土地所有者に属する隣接土地というものが存在しないが、これこそが判例が境界確定の要件としていたところである。」と論じられていた¹²⁷⁾からである。それ故、この規定は、具体的には、画地分譲の場合の分譲者と売買一方予約の受益者（まだ土地所有者ではないが、しかし、土地所有者となるべき存在）との間での合意を以て境界確定とするものと考えられる。

更に、653条は、合意境界確定を促進する目的で新たに導入された規定であり、土地所有者が、資格を有する専門家により対審的に作成された境界確定案について、受け入れることができない場合には、隣地所有者から通知を受けてから6ヶ月以内に、境界確定訴訟を提起しなければならず、そうでなければ、提示された境界線案は、提示を受けた土地所有者に対して対抗できる確定的な境界線とみなされることを規定している。この規定について、準備草案の境界確定規定について起草委員であったベルジェ教授は、次のように述べてい

126) 小柳・前掲注(1)論文民商139巻1号6頁。

127) S. PAUL-LECONTE, « Bornage : Le cas de lotissement », *Géomètre*, n° 2056, février 2009, p.34.

る。

「改正委員会は、境界確定については、現在行われているやり方をそのままとし、判例に従った規定を設けた。しかし、改正委員会は、境界確定訴訟により境界確定が遅延することは避けたいと考え、合意境界確定案が一方当事者により提示された場合には、他方当事者はその通知から6ヶ月以内に訴えを提起しない限り、その案を承諾したものとする規定を設けた。¹²⁸⁾」

こうして、一定の資格者の関与による境界確定案に法律上大きな効果を与えたことになる。ここでは、「資格を有する専門家」が境界確定案を準備することとされている。この「資格を有する専門家」とは、測量専門家に他ならない。これについて、測量専門家団体機関誌は、次のように論じている。

「準備草案の新機軸は、隣人がさしたる理由もなく境界確定を拒絶する場合の境界確定促進措置である。現在では、こうした場合には、境界確定を意図した当事者が境界確定訴訟を提起しなければならない。しかし、アンリ・カピタン協会による準備草案は、訴え提起をなさねばならないのは、境界確定を拒絶した隣人であると規定した。……(中略、653条の条文)……この条文は、この問題の平和的解決に大きく貢献するであろう。準備草案検討委員会委員であったマズィエ氏は、次のように述べている。「準備草案は、合意境界確定を拒絶した者に、訴え提起をなすべき負担を課すという制裁を用意し、制約を課した。これは、現在の都市計画法による許可制度がその結果として境界確定をなすことを求めているからである。こうした新機軸は、隣接土地所有者が非協力的な場合の取引停滞の改善になり、また、住宅市場の活性化につながり、不動産取引の安全に結びつくであろう。」もっとも、ここで、法文が「資格を有する専門家」という文言を使っていることは、驚きである。公権力

128) J.-L. BERGEL, « Actualité Entretien : Faire de l'usufruit un outil de gestion », *Droit et Patrimoine*, n° 176, 2008, p.12.

の委託を受ける資格ある専門家といえば、測量専門家以外にあり得ないのである……(資格を有する専門家という紛らわしい名称でなく、測量専門家と具体的に規定すべきであるという趣旨であろう……小柳注)。¹²⁹⁾]

ポウル＝ルコント講師の提案に比べて期間が2ヵ月から6ヵ月に長くなっているが、発想は同じものと考えられる。もっともこの時に重要なのは、境界確定案自体が対審的に作成される必要があることである。このため、そもそも境界確定案作成について隣接土地所有者の協力が得られないときには、案の作成自体が不可能になるとも考えられ、この点については、限界があることになる。

おわりに

以上論じたように、フランス法においては、境界確定について、単に隣地間の紛争を解決・予防する手段としてだけでなく、不動産取引の安全のための制度としても位置付けるようになり、合意境界確定の促進策が検討されている。また、境界確定法理は、民法典を出発点としながら、訴訟法において相当の展開をみせ、また、都市計画法制とも関連している。

もっとも、不動産取引安全との関連といっても、①境界確定は、宣言的行為であるから、登記なくして対抗しうるというフランス法のあり方は、不動産取引の安全とは矛盾する面がある。また、②合意境界確定促進策といっても、隣地所有者が不在、不明などの場合に機能しうるとの疑問がある。とはいえ、①の点は、境界確定に限らず、宣言的行為について登記なくして対抗しうるというフランス不動産登記制度の問題とも考えられるし、②の限界があるにせよ測量専門家の関与により合意境界確定に大きな役割を認める動きは重要である。

最後に、前稿で論じたフランス境界確定訴訟法理と関係付けながら、合意境界確定を含めたフランス法の境界確定法理を日本法の境界確定法理と比較して

129) « Actualité : Le bornage enfin défini », *Géomètre*, n° 2055, janvier 2009, p. 19.

みよう。

まず、日本法の境界確定訴訟は、高橋宏志教授が「(日本法の境界確定に関する……小柳注) 通説・判例は、この訴えを私的所有権とは無関係の公簿上の地番と地番の境界線(筆界とも言う)を定めるもの、いわば公法上の境界線を定めるものだという出発点に立つ。」と指摘しているように¹³⁰⁾、所有権紛争を背景にしながら公法上の線である筆を定める制度である。その結果、合意境界確定について十分な意義を認めていない。

一般に、土地の「境界」には、複数の意義があり、①所有権の境という意味での「所有権界」、②実際の土地支配の境である「占有界」の他に、③登記された土地の単位である筆の境である「筆界」が存在する¹³¹⁾。日本法における境界確定訴訟は、筆界を定めることを目的とする。筆界は、国が登記制度を用意して土地を人為的に区分し、登記の単位としたことによって生まれた。2005(平成17)年の不動産登記法改正は、筆界について、「表題登記がある一筆の土地(以下単に「一筆の土地」という。)とこれに隣接する他の土地(表題登記がない土地を含む。以下同じ。)との間において、当該一筆の土地が登記された時にその境を構成するものとされた二以上の点及びこれらを結ぶ直線をいう」との定義を与え(123条1号)、筆界の意義を条文上も明確にした。

境界確定訴訟の対象を筆界と理解するこうした立場は、行政が客観的に定めた筆界を対象とすることで、原告が証明責任を負わないことを説明し易い。土地境界紛争は、実際には所有権をめぐる争いであると考えられるところ、裁判所が筆界のみを定めて有効な紛争解決になるのかとの疑問があるが、これについては、所有権確認訴訟は困難であることから、筆界の確定を行うことで事実

130) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法上』(有斐閣, 2005年) 77頁。なお、所有権界を定める合意は当然可能であるが、これは境界確定訴訟とはリンクしていない。

131) 境界の多様な意義について、寶金敏明「境界の理論と実務〈第1回〉」民事研修600号20頁(2007年)。なお、同論文((第1回)～(第18回・完)民事研修600～617号, 2007, 2008年)は、現代日本の境界問題に関するもっとも重要な研究の一つである。その後、同論文は、加筆の上、寶金敏明『境界の理論と実務』(日本加除出版, 2009年)にまとめられ、参照が便利になっている。

上の紛争解決がなされるという指摘もある¹³²⁾。もっとも、こうした現状について、所有権界を境界確定訴訟の対象とするべきであるとの有力な批判があり、その結果、種々の議論の展開がある。こうした日本法の境界確定法理に関して、八田卓也教授は、次のような優れた指摘をしている。

「境界確定訴訟をめぐる議論には三つの軸があることになる。第一は、訴訟の対象を何であると考えるか、具体的には公簿上の筆界と考えるか、生の土地所有権の境界と考えるか。第二は、訴訟の性質・特徴をどのように把握するか。第三は、境界確定訴訟の意義・機能を、何に求めるか(具体的には、所有権範囲の確定か、対抗要件範囲の確定か)。これら三つの軸が互いに連動していながら、その連動が緩いこと(つまり一つの軸について特定の立場をとることが、他の軸について特定の立場をとることを必然化しない)が、境界確定訴訟の議論を複雑にしているのであろう。¹³³⁾」

こうした日本法のあり方に比べると、フランスの境界確定訴訟法理は、相当に明快な形となっている。というのも、訴訟の対象は、「生の土地所有権の境界」であり、訴訟の性質・特徴は、給付訴訟(確認的要素を含む)かつ双方訴訟(証明責任不問)で、境界確定訴訟の意義・機能は、所有権範囲の確定であり、対抗要件範囲の確定(これはフランス登記法のあり方による)としての意味もある。しかもなお、境界確定訴訟は、所有物返還訴訟とは専属管轄などで明確に区別されている。また、それが合意境界確定に大きな役割を与えること、更にはそこにおける対審性原理の強調にも関連する。こうした点が日本法と比べた場合のフランス法の特徴である。

日本法では、境界確定について近年新たな立法措置が執られた。第一に、筆界特定手続の新設であり、第二に、土地家屋調査士会が中心になり、境界紛争

132) 村松俊夫「訴訟からみた境界確定の訴」同『経界確定の訴』(有斐閣, 1972年) 70頁, 畑郁夫「境界確定訴訟」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(有斐閣, 1988年) 220頁。

133) 八田・前掲注(60)論文101頁注6。

解決のための紛争解決組織が設けられ、これがADR法とも連携を見せながら活動を行っている。このように見ると、日本法では筆界を軸とする境界確定訴訟法理を前提として施策や対策が打ち出されている¹³⁴⁾。

境界紛争について裁判による解決の前に測量の専門家による解決を目指すという点では、奇しくも日本もフランスも同様である。もともと、両者の間には相違も見られる。日本では、境界確定訴訟が所有権界ではなく筆界を確定するという法理を採用しているため、専門家の関与による解決も筆界特定手続というかたちになり、そこに土地家屋調査士が関与する¹³⁵⁾。これは、日本では、登記が法務省の管轄であり、そこにおける筆界について法務当局が重視していることも関連する。これに対して、フランス法では、当事者間の土地所有権に関する合意に測量専門家が関与する。こうした相違は、制度の基本的枠組みの違いによる。それ故、この点を捉えて単純に優劣を語ることは難しい。費用、権限の意味では、日本の筆界特定制度は、相当に優れた制度であろう。とりわけ、隣地所有者の十分な協力が得られない場合、筆界特定手続では、関係人に対する公示送達(不登法133条2項)、筆界調査委員の立入調査権(同137条)などの規定がある。しかし、筆界特定の対象は筆界であり、不登法135条2項が

134) 筆界特定制度については、山野日章夫＝清水響＝松岡直武『境界紛争解決制度の解説——筆界特定・ADRのポイント』(新日本法規, 2006年)などの優れた文献があるが、最新のものとして、ジュリ1372号(2009年)に「筆界特定制度の現状と筆界確定訴訟——制度発足後3年を経て」の特集があり、小川秀樹「筆界特定制度の概要」、瀬口潤二「筆界特定制度における土地家屋調査士の役割」、清水規廣「弁護士からみたその後の筆界特定制度」、森崎英二「筆界確定訴訟と筆界特定制度」、山本和彦「筆界特定手続の意義と課題——民事手続法の観点からみて」が掲載されている。また、民法改正研究会が発表した民法改正試案が、「実体法上の所有権の範囲を確認するための『所有権画定訴訟』」の新設を提唱していることも注目される(民法改正研究会・代表加藤雅信「日本民法典財産法改正試案「日本民法改正試案・仮案(平成21年1月1日案)の提示」判タ1281号(2009年)31頁)。これは、通常の所有権確認訴訟と区別されつつ、所有権の範囲を定める訴訟である。

135) 佐藤鉄男「司法制度改革による土地境界紛争解決手段の多様化」『遠藤光元元最高裁判所判事喜寿記念文集・論集編——実務法学における現代的諸問題』(遠藤光元元最高裁判所判事喜寿記念文集編集委員会, 2007年), 更に、田中克志「『境界』紛争と土地家屋調査士の責任」静岡大学法政研究13巻1号(2008年)。

「筆界調査委員は、前項の事実の調査に当たっては、筆界特定が対象土地の所有権の境界の特定を目的とするものでないことに留意しなければならない。」と規定するように、所有権の問題が後に残されるという問題が存在する。

今後の日本法に関していえば、フランス法のように、境界確定に取引安全のための機能を強化していくことも考えられるべきであろう。これに関連して、専門家に関与させて合意境界確定を促進させ、一定の期間内に不満な当事者が訴訟を提起しない限り専門家の作成した案が拘束力を得る方策を日本法でも導入可能かは検討課題となりうる。

そもそも、筆界特定手続や筆界確定訴訟で筆界が定められても（筆界特定手続は確定の効果は有さないが）、所有権界は不定のままにとどまる。筆界確定訴訟ですら、所有権界の確定をもたらさず、隣接土地所有者の関係は不安定なままであるし、また、土地取引安全の見地からも好ましくない事態がつづく。筆界と所有権界が一致してこそ、隣接土地所有者間の紛争が解決され、また、取引の安全にも資する。筆界確定訴訟の利用の最終的な目的はやはり土地所有権の境界であることから、当事者の一定のイニシアティブを関係させつつ、土地所有権に反映させる手続を構想することが許されるであろう¹³⁶⁾。以上の検討課題を見ても、フランス法の境界確定法理が、都市計画や不動産取引安全との関連を有することは、日本法への示唆として重要と考えられる¹³⁷⁾。

136) 筆界特定手続により、所有権界紛争をも終息させようとの試みとして、金子寛志「うちなあー法務局」の紹介」登記情報569号（2009年）1頁は、「『筆界特定により特定された筆界で、両土地の境界及び所有権界を定めるものとし、本件筆界に関する紛争に関し民事訴訟を提起しない』との裁判上の和解が成立した案件の筆界を特定」した「特筆すべき事例」を伝える。

137) なお、境界確定訴権の永久性について、2008年民法典時効法改正後に議論がある。改正前の旧2262条は、「すべての訴権（actions）は、対物訴権であれ、対人訴権であれ、30年で消滅時効にかかる。」と規定していたが、既に述べたように、判例、学説は、所有権の永久性を根拠に所有物返還訴権や境界確定訴権について消滅時効にかからないと解してきた。これに対し、改正後の新2227条は、「所有権（le droit de propriété）は消滅時効にかからない。ただし、不動産に関する対物訴権（les actions réelles immobilières）は、権利者がその権利の行使を可能とする事実を知り、または知るべきであった時から、30年で時効にかかる。」と規定する（訳文は、金山直樹＝香川崇訳「立法

追記 本稿を作成するに当たり、平成20年度科研費基盤研究(C)20530511を得ている。

資料 フランス民法典] 金山・前掲注(57) 編244頁を参考にした)。新2227条の下でも所有物返還訴権や境界確定訴権の永久性は維持されるという考え方がある(G. MÉMETEAU, *Droit des biens*, 4^e éd., 2009, p.84, 134)。これは、新2227条ただし書の「不動産に関する対物訴権」を旧2262条の「対物訴権」と同様に見て、他物権の消滅時効規定と理解することになる(V. ZALEWSKI, « Réforme de la prescription acquisitive : impact sur le droit immobilier », *De-frénois*, 2008, art.38872, p.2468)。もっとも、新2227条が権利(droit)と訴権(action)を区別しているとの文理解釈から、所有権の永久性にもかかわらず不動産の所有物返還訴権や境界確定訴権は消滅時効にかかると解することも可能である。それ故、新2227条の書きぶりは適切でないとの指摘がある(B. MALLET-BRICOUT, « Panorama : Droit des biens », D.2008. p.2460 ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, 4 e éd., 2008, n°252 ; P. SIMLER, « La réforme du droit de la prescription : aspects de droit des biens », *Petites affiches*, 2009, n°66, p. 34)。これに対して、準備草案は、所有権(537条1項)、所有物返還訴権(537条2項)及び境界確定訴権(654条)について永久性を規定し、改正前の時代の解釈を明文で維持している。