

資料

「境界」紛争と土地家屋調査士の責任

田 中 克 志

1 問題の設定

周知のように、「境界」には、筆界と所有権界との二種類がある。

「筆界」とは地番と地番の境である。不動産登記法は、この「筆界」を、表題登記がある一筆の土地とこれに隣接する他の土地との間において、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、と定義する（法123条1号）。この境界線の上には、土地の所有者が隣地の所有者と共同の費用で境界標を設けることができる（民223条）。この「筆界」は、公法上の境界といわれるように、国（登記官）がこれを認定（認証）するが、主たる場合は、分筆登記や地積更正登記の登記申請があったときである。いずれにしても、「筆界」は、隣地所有者の間で自由に決めることができない。これに対して、隣地所有者の間で自由に決めることができるのが「所有権界」である。す

なわち、所有権界とは隣接した土地所有権相互の接触線であり、所有権の限界線である。

こうした筆界と所有権界とを区別する「境界」は、これが争いがあり、または不明な点があるとき、前者の場合には、裁判所にその確定を求める境界確定の訴えか、筆界登記官による境界特定の手続によって決しなければならないが、後者にあつては、所有権確認の訴え、または筆界紛争に係る民間紛争解決手続によることとなる。

いうまでもなく土地家屋調査士の業務は、「境界」に大きな関わりを持っている。「筆界」認定の契機となる分筆登記や地積更正登記等の表示の登記に係る申請手続の代理、その前提となる調査または測量、さらには、境界紛争に係る筆界特定手続や民間紛争解決手続における代理などがこれである。

そこで、本稿では、「境界」と土地家屋調査士に関する若干の問題を、改めて

検討することを目的とするが、具体的な検討事項を東京地裁昭和62.5.13判決(判時1274号101頁)の事案から提示しておきたい。

この東京地裁判決は、土地家屋調査士が作成した地積測量図、実地調査書及び隣接土地の所有者作成名義の承諾書(印鑑証明書添付)などを添付してなされた錯誤を原因とする地積更正登記の申請に基づき、山林について実地調査を行わずに従来の地積を約200倍、約60倍に更正する更正登記をした登記官の措置について、当該山林に根抵当権の設定を受けた者が、登記簿上の地積と実際の地積との間に大幅な差異が生じており、隣接地との境界も不明であるため、土地の価格が評価できず、かつ土地の価格が競売手続費用をまかなうにも不足することが判明したため、その過失を理由に国家賠償法に基づく損害賠償を求めたものである。

争点となったのは更生登記の申請に対する登記官の審査についての過失の有無であったが、土地家屋調査士の業務との関係で検討すべきは、第1は、土地家屋調査士が作成した隣接地所有者作成名義の承諾書、すなわち「境界確認書」である。「境界確認書」とは、分筆や地積更正などにさいしての隣接地所有者の境界に異議がない旨の証明であるが、筆界認定が登記官の専権事項であれば、境界確認書は、筆界認定にいかなる法的意味をもつのか、である。検討すべき類似の

問題は、境界紛争に関わって隣接地所有者で交わされる「境界合意書」である。

第2は、地積測量図を作成した土地家屋調査士の根抵当権者(第三者)に対する不法行為責任である。

そこで、以下、Ⅱにおいて、「境界確認書」は、「筆界」認定に、いかなる意味をもつのか、Ⅲにおいて、「境界合意書」は、「筆界」認定に、いかなる意味をもつのか、そして、Ⅳにおいて、土地家屋調査士は、業務上の過誤に関わって、第三者に対して、いかなる民事責任を負うか、を論じ、むすびとする。

Ⅱ 「境界確認書」は、「筆界」認定に、いかなる意味をもつのか

1 境界確認書を添付させることの意味・意義

(1) 境界確認書の法的意味・意義

「境界確認書」とは、分筆や地積更正などにさいしての隣接地所有者の境界に異議がない旨の証明であり、いわゆる承諾書、境界確認書、同意書をいう。分筆申請における立会証明もこれに含まれる⁽¹⁾。

この「境界確認書」は、登記申請手続では法定の添付書面ではないが⁽²⁾、登記実務では土地家屋調査士などの作成する現地調査書に境界確認書の添付があれば、原則として、実地調査を省略することが許される。「境界確認書」の添付がなければ、登記官が現地に赴き、関係人

の立会の下に境界を確認し、当該申請の当否を判断することとされている。

そこで、登記官の専権事項である筆界認定において、しかも、印鑑証明書を添付した私人の「境界確認書」を添付させる実質的な意味は、ある実務家によれば、①筆界認定の証拠資料、②隣接地侵害がないことの担保、そして③紛争がないことの証明といったことが指摘されている⁽³⁾。

(a) 筆界認定の証拠資料

第1に、「境界確認書」の存在が筆界であることの可能性が高いとの推定がなされることであり、当該申請が正しいとの登記官が判断する第1級の証拠資料である。しかし、隣接地所有名義人との共謀による日の丸分筆・額縁分筆などの不正申請があるので注意を要するという⁽⁴⁾。したがって、隣接地所有者全員の承諾書が添付されていたが、登記官が額縁分筆を疑い実地調査を実施することもある。

申請当事者、または申請手続を委託された土地家屋調査士にとってみれば、隣接地所有者から境界確認書をとることができない場合の対応が問題となるが、これの添付がなくても申請が却下されることはない。登記官が実施調査を実施することになる。

このさい、隣接地所有者が立会拒否等をする可能性が高いが、とくに合理的な根拠をあげながら申請主張の筆界点を争っている場合には、筆界を特定できないとして、登記官は、申請を却下すべきと

「境界」紛争と土地家屋調査士の責任

される（不登25①）⁽⁵⁾。そうすると、当事者は、筆界特定の手続か、境界確定の訴えを提起せざるを得ない。

(b) 隣接地侵害がないことの担保

第2は、隣接地を取り込んでの分筆・地積更正等ではないことの一応の担保となることである。とはいえ、これは、隣接地の当事者の間に、所有権界についての「合意」や「和解」が成立したものと解されるものではないという⁽⁶⁾。それでは、分筆登記申請にあって、後日、真の所有権界が別の所があることが判明した場合、当事者は、これが錯誤による無効（民95）を主張できることになりそうである。

もっとも、その真の境界線から境界確認書に記載された境界線に挟まれた部分は、これを他方の当事者が占有してきたことから、占有継続による時効取得が問題となる。これに関しては、「2 境界紛争と時効取得」において論じる。

そこで、「境界確認書」に署名・捺印することは、申請人主張の位置に筆界のみならず所有権界もあることを事実上認めることになる。

(c) 紛争がないことの証明

既述したように、登記実務の取り扱いでは、当事者に紛争があると登記官は筆界認定の権限を行使できないとされていることから、「境界確認書」の添付は、重要な意味をもつ。

(2) 境界確認書の作成者

そこで、「境界確認書」が分筆や地積更正等にさいして境界に異議がない旨の証明であることから。その作成者は、隣接地の所有(名義)者であることはいうまでもない。問題は、これに限られるか、である。

(a) 隣接地の所有者

必ずしも本人でなくてもよいが、「境界確認書」の意義・効果に鑑みると、財産の管理権限を有する者に限られる。隣接地所有名義人が遠隔地に居住している場合や海外出張のため長期不在であるような場合が、これにあたる。財産管理権限を付与されているとしても、その権限内容が明確でないとしても、保存行為はその権限とされる(民103I)ので、差し支えはない。

問題は、かかる代理権限が付与されていない場合である。町が実施した地積調査にさいし、隣接地所有名義人の実兄を一筆地調査立会の代理人と認定したことに違法はないとした広島地裁呉支判平成7.4.26判自148号83頁が参考になろう。

隣接地の所有名義人であるが、認知症等疾病者であって、能力的に境界確認書の意味が理解できず、しかも後見人、保佐人、補助人などが選任されていない場合、これが一人暮らしの高齢者が増加しつつある状況のなかで、印鑑証明書まで添付しなければならないことから、杞憂かもしれないが、重要となろう。

もちろん、「境界合意書」による境界と筆界が一致している場合には紛争が生じることはないが、そうでない場合に、この「境界合意書」が、後日、意思無能力を理由に、「境界合意書」の無効、すなわち効力が否定される可能性がある。「境界合意書」のみによって登記官が筆界の認定をしているわけでないことから、なされた登記が無効とされるのは難しい。しかし、こうした境界をめぐる紛争が顕在化した場合には、当事者は、筆界特定の手続き、または境界確定の訴えを提起せざるを得ない。

隣接地の所有名義人が死亡している場合には、現に居住している共同相続人に限らず、他の共同相続人の全員から境界確認の同意をとる必要がある。遺産分割がなされ当該土地が共有となっていると、他の共有事例と同じく、境界確認が当該土地の「保存行為」であるとなると(民252但)、共有者の一人が境界確認書に署名・捺印することで、当該土地に係る「境界確認書」として有効となる。

(b) 隣接地の前所有名義人

隣接地の前所有名義人との「境界承諾書」は、その意義・効果に鑑みると、登記申請時の現所有名義人の「境界承諾書」に代えることはできない。その意味では、「境界確認書」は、これが第三者に対して効力を持つものでないこと、すなわち対世効はない。しかし、「境界承諾書」の作成者が表示の登記の申請までに死亡

した場合、相続人は、相続が包括承継であり、第三者ではないことから、これの効力を否定することはできない。相続人は、「境界承諾書」が示す境界線について異論がある場合には、境界確定の訴え、または所有権確認の訴えなどを提起すべきことになる。

2 境界紛争と時効取得

(1) 「境界確認書」と時効取得

隣接地の所有名義人との間で有効に作成された「境界確認書」の効果・効力に関わって時効取得の認否という問題がある。

東京地判昭和55.2.6判時967号80頁の事例を取り上げると、被告（Y）は、現在所有の土地を買い受けるにさいし、仲介人から土地家屋調査士作成の図面と隣接するX（原告）所有地の当時の所有者Aの承諾書を示されて境界の説明を聞き、現地地形をみて、仲介人の指示する境界を信じ、X所有に係る本件係争地に盛土をして擁壁及び階段を設置したところ、Xが右擁壁等の取去及び土地明渡しを求めた。Yは、これに対して、本件係争地をY所有の一部であると信じて無過失で10年間占有してきたとして取得時効の抗弁を主張した。争点は、Yの「過失」の有無であった。

このように境界、正確には、所有権界を争う場合、境界を越えたとされる隣接地所有者は、当該係争地について、時効

「境界」紛争と土地家屋調査士の責任

による所有権取得を根拠に、自ら所有権確認の訴えを提起するか、土地の明渡しなどを提訴された場合には、時効取得の抗弁を主張することになる⁽⁷⁾。

10年の取得時効を主張するには、占有の開始時に、「善意」のみならず「無過失」が要求される（民162）。

昭和55年の東京地裁判決は、Yの善意はこれを認めたが、「右図面に記載されたY所有の面積が公簿面積の約1.5倍と差が大きいこと、図面の上部に表示された実測図とその下部に転写された公図写とを対比すると実測図の北側部分において両者の地形が著しく異なっていることからすると、Yとしては、実測図の境界線が真実かどうかを疑うのが通常であるから、仲介人に正すなり、隣接所有者に直接あたって調査するなり適当な手段をとるべきであったから『無過失』とはいえない」と判示している⁽⁸⁾。

それでは、真実の境界線とは異なる境界線を記載した実測図を作成した土地家屋調査士の法的責任は、争点にはなっていないが、どう考えればよいか、これについては、「Ⅳ 土地家屋調査士は、業務上の過誤に関わって、第三者に対して、いかなる民事責任を負うか」において扱う。

他方、最判昭和52.3.31判時855号57頁は、係争地の買受けに際し登記簿等につき調査することがなかったとしても、「自主占有を開始するにあたって過失は

なかったとする原審の判断」を支持し、「前主である同補助参加人は、六年余にわたって同土地の所有者としてこれを占有し、その間、隣地14番4の所有者との間に境界に関する紛争もないままに経過していた」ことをその理由としている。

(2) 取得時効と分筆登記

隣接地との境界を越え占有を継続し、これがため時効取得により所有権取得が認められた場合、当該係争地を隣接地から分筆し、この部分は、新たに生じた占有者の所有の1筆の土地(被占有地の地番の枝番)となり、当該係争地と係争地が除かれた土地とが接する線が新しい境界(筆界)となる。

ちなみに、当該係争地については、時効による所有権取得をもって所有権移転登記を経ていないと、時効期間満了後に、当該係争地を含めた隣接地の所有権を取得した者に対抗できない(民177)とするのが、判例である⁽⁹⁾。

III 「境界合意書」は、「筆界」認定に、いかなる意味をもつか

1 境界合意書と登記官の筆界認定

「境界確認書」は、すでに述べたところであるが、分筆や地積更正などにさいしての隣接地所有者の境界に異議がない旨の証明である。こうした表示の登記の申請との関わりで作成される「境界確認書」とは異なり、境界紛争のさいに、こ

れをおさめるために隣接地所有者間で境界を合意し、これを書面にしたためることがある。これが「境界合意書」である。

「筆界」が隣地所有者といえども、私人によって認定されることが許されないものであるならば、この「境界合意書」は、登記官の筆界認定にいささかも意味のないことなのか、それとも何らかの意味のある合意なのか、改めて、検討してみる。

登記官の筆界認定との関係で、よく取り上げられるのが、最判昭和42.12.26民集21巻10号2627頁である。

これは、隣接する土地所有者間での筆界をめぐる紛争に係る境界確定の訴えの事例である。係争土地の部分はコンクリート製の排水溝となっているところ、西側の土地所有者らは、このコンクリート製の排水溝(a・b・c・d)の東側に沿った石垣が築かれている線(a・b)をもって境界とし、東側の土地所有者らはコンクリート製排水溝の中心線(e・f)をもって境界とするなど見解が大きく対立していた。もっとも、コンクリート製の排水溝を作るさいに紛争のあった境界をめぐる隣接地所有者間では、コンクリート製排水溝の中心線をもって境界とする「合意」がなされてはいた。

2 和解契約としての境界の合意

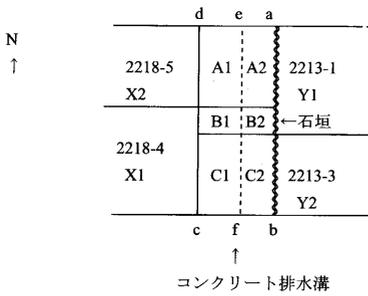
(1) 境界の合意の趣旨

和解契約（民695）とは、互いに譲歩して、すでに存在している法律関係の争いを確定することを目的とする⁽¹¹⁾。したがって、他の契約のごとく契約当事者間に法律関係を発生させるのではない点に大きな特色がある。

境界の合意が和解契約の性質を有するものであるならば、境界線が隣接地所有者間で合意されたのちに、別のところが境界線であるという確証が出た場合、この合意を錯誤を理由に無効とすることはできない。和解の確定効（民696）である。

もっとも、筆界は、当事者の合意によって認定することはできないことから、境界の合意は所有権の範囲を確認する趣旨と理解される。そこで、合意された境界（次図のab線）が真実の境界（次図のcd線）と不一致であった場合、両境界線にはさまれた土地（丙地）の所有権は、一方当事者（X）から他方当事者（Y）に譲渡されたものとみなされる⁽¹²⁾。したがってYは、Xに対して、丙地の部分を甲地から分筆して所有権の移転を請求できる。

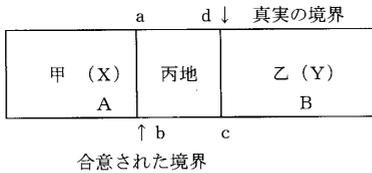
ただ、Yが、丙地の所有権移転登記を取得しない間に、Xがcd線を境界とする甲地（丙地を含む）の所有権をZに移転し、所有権移転登記を済ましてしまうと、Yは、丙地の所有権取得をZに対抗する



これに関して裁判所の判断は分かれた。第1審判決は、種々の経緯から境界をX側が主張するコンクリート製排水溝の東側の線とし、境界の合意（和解契約とする。）の効力を認めなかった。ところが、控訴審判決は、右和解契約を認め、Y側の主張を認めた。ところが上告審では、「相隣者間において境界を定めた事実があっても、これによって、その一筆の土地の境界自体は変動しない。右の合意の事実を境界確定のための一資料とすることは、もとより差支えないが、これのみによりて確定することは許されない」と判示し、破棄差戻しとした⁽¹⁰⁾。

このように境界の合意は、これによって当然に境界が確定されるものではない。そうすると境界の合意は、当事者が自由に決めることのできる所有権の範囲を確認する趣旨であるし、その法的性質は和解契約と解されている。

ことができなくなる(民177)。Zにおいても所有権移転登記を了していなければ、いわゆる両すくみの状態となり、早く登記を済ました者が勝つことになる⁽¹³⁾。



(2) 境界の合意は、時効援用権を喪失させるか

上記の図の場合、真実の境界がcd線でありながらab線が境界として合意されるのは、通常、Yがab線までを乙地として占有を継続していた場合であろう。それでは、Yが真実の境界であるcd線を越えて、ab線まで所有地として占有を継続してきたが、Xとの話し合いでcd線を境界として合意したところ、後日、Yが丙地の部分について、取得による所有権取得を主張することは許されない。

東京地判平成12.2.8訟月47巻1号171頁は、Y所有地に隣接する国有地(丙地)について、Yの亡妻が時効取得したとして、X(国)に対して、所有権の確認を求めたところ、境界確定協議において、Xが復元した境界(c d線)について、関係者全員が同意し、YもX復元の境界

が示された丈量図に署名捺印していたことから、丙地について所有権を有しないことを確定的に認めたとすべきであり、その結果、後日の、丙地に対する土地所有権確認訴訟において、それまでの占有の継続を根拠とする取得時効を援用することは信義則上許されない、と判示する⁽¹⁴⁾。

もっとも、大阪地判昭和61.6.27民研382号35頁は、隣接する里道について時効取得を主張する者が里道との境界確定申請をしたことについて、これが、「自己が時効取得した土地の範囲を明確化するために右申請をしたものであって、それ以上に時効取得の利益を放棄したものと解することはできない」とする。

IV 土地家屋調査士は、業務上の過誤に關わって、第三者に対して、いかなる民事責任を負うか

1 いかなる場合に、誰に対して、いかなる根拠をもって、民事責任(損害賠償責任)を負うか

一般的に言えば、土地家屋調査士の業務における過誤によって依頼者又は第三者に損害を与えた場合には、その損害を賠償する義務を負う。

(1) 土地家屋調査士の業務

土地家屋調査士の業務は、土地家屋調査士法(第3条)に規律されつつ締結された調査士委任契約によって決まる。

土地家屋調査士法3条が規定する、(a) 本来的業務として、① 不動産の表示に関する登記に関わり必要な土地又は家屋に関する調査又は測量、申請手続又はこれに関する審査請求の手続の代理、これに伴い、法務局に提出し、又は提出する書類又は電磁的記録の作成、② 筆界特定の手続に関わり、手続きの代理及び提出する書類又は電磁的記録の作成、③ ①及び②に掲げる事務についての相談、④ 土地の筆界に関する紛争に係る民間紛争解決手続に関わり、この手続きの代理業務及び相談、さらに、(b) その他の業務として、表示登記の申請とは無関係に、境界の認定や土地の測量、現況図の作成等、依頼者との委託契約による周辺業務がある。

(2) 依頼者との調査士委託契約

依頼者との調査士委託契約は、請負(民632～)というより委任(民643～)の性質を帯びており、調査士は、その業務遂行において、善管注意義務、すなわち調査士委託契約の「本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務」を負う(民644)。

依頼された事務について誠実な専門家として果たすべき注意義務を尽くしたか否かが問われる。したがって、この注意義務は、その内容・程度において、土地家屋調査士法上の義務(法23条)も含まれる。

そして、この善管注意義務の懈怠によ

「境界」紛争と土地家屋調査士の責任

り依頼者に損害を与えると、その損害について賠償義務を負う(民415、416)。

もっとも、土地家屋調査士の所為が、調査士委託契約(債務不履行)責任を発生させるとともに、不法行為責任(民709)を発生させることもある。いわゆる請求権競合である。

2 本来的業務における過誤

土地家屋調査士の本来的業務において、実体に合致しない表示登記が作出され、これを真実のものと誤信して取引関係に入った第三者が不測の損害を被った典型的な事案について考えてみたい。表示登記をなす権限は登記官に専属しており、当事者の申請は、これの発動を促すにすぎないともいえるが、土地家屋調査士が申請に関与する場合には、実地調査を省略する措置がなされており、表示に関する登記が実体と合致しないことの原因は、登記官にのみあるということにはならない⁽¹⁵⁾。

(1) 事例の検討(1)

不当な地積更正登記申請に係る東京地判昭和62.5.13判時1274号101頁である。

(a) 事案の概要

これは土地家屋調査士の作成した地積測量図・実施調査書及び隣接土地の所有者名義の承諾書等を添付してなされた更正登記の申請に基づき、本件土地(山林)について実地調査を行わずに従来の地積をそれぞれ約200倍、約60倍に更正する

旨の更正登記がなされたところ、かかる登記官の措置に過失があるとして、本件土地(山林)に根抵当権の設定を受け、貸付けをした者が回収不能となった貸付額を損害として国家賠償を請求をした事案である。

実地調査を省略して更正登記をした登記官の措置に過失はなかったとされたが、土地家屋調査士の地積測量図・実地調査書作成の経緯は次のようであった。

依頼者とともに本件土地(山林)の付近まで行って、その境界の一部と思われる部分の距離を「目測」し、右土地のもと所有者に依頼されて右土地の近隣の土地を管理していた者から交付を受けた「山図面」(更正図)等を参考にしつつ法務局支局備え付けの右土地の「公図」を基礎として作成した図面に、前記目測の結果得られた数値を記入し、目測もできなかった部分については適宜数値を調整して記入して、本件土地についての「地積測量図」を作成したという。

(b) 土地家屋調査士の不法行為責任・「過失」をどう考えるか

山間部の土地のように目的不動産の価格に比して実地調査の費用が過大になる場合に、常に厳正な実地調査を要求することが妥当かという問題はある⁽¹⁶⁾。この点について興味ある説示をしたのが、次の不当な分筆登記申請に係る岐阜地裁高山支判昭和57.8.24判時1071号120頁である。

(2) 事例の検討(2)

(a) 事案の概要

岐阜地裁高山支部昭和57.8.24判決の事案はこうである。本件土地の所有者から委任を受けた土地家屋調査士兼司法書士が分筆登記申告書及び求積計算を含む地積測量図を作成し、代理人として提出したところ、分筆登記の結果、本件土地(山林)の登記に表示されている地積が、実測面積の約1000倍となっており、本件土地(山林)を譲渡担保や購入によって所有権を取得した者が、当該土地を譲渡担保を担保に貸付けた額や当該土地の売買代金を損害として、国家賠償を請求した事案である。

原告は、公図の記載等により各分筆登記申告書記載の地積が過大であることは当然知りうべきであったもの拘わらず、漫然分筆登記申請を受理して分筆登記を行った点において登記官には重大な過失があると主張したが、「本件各分筆登記手続については、原告らの主張がいずれも登記官に不可能を強いるものであってこれに何ら故意過失はない」と結論づけ、次のようにその理由を説いている。

当該登記所にはいまだ法第17条所定の地図が存在しないから、「分筆登記手続申請をする側も、これを受理する側も、結局は旧来の絵図に頼らざるを得ないところであり、又これを頼りに求積が不正確だとしても、実地調査をすることは何ら意義もなく、登記所をして、人跡まば

らな本件土地のような可成り広い山林の境界線ないし面積を調査させることは、現代の伊能忠敬が存在すれば格別、そうでなければ不可能を強いるものといわなければならず、そのようなことが却って同登記所に後続する登記事務の渋滞を招くことになるのである。

そして又、右のような取り扱いであっても、当時の状況としてはその各筆の土地の位置、形状、境界線等の大略は図面上は明らかになったものというべく、その程度の公示としては機能しているから、これを以て満足せざるを得ないのである」。

備え付け地図が不十分であることは一般的に認められているのであって、これ「以上の土地の位置、形状、境界線などの詳細は、土地の取引に係る当事者が実際に現地を踏査して筆界標識、境界木(石)等の物証や隣人ないし古老らの人証によって確認の上に行うべきことは取引上の常識といてよいところ」、原告らは「右常識を弁して現地の確認をした上で買取の交渉をすべきであったのに」「現地に赴いたが降雪のためこれらを確認しないままであったことが窺えるところであり」「原告らがその主張のような損害を蒙っているのであれば、それはそのような不誠実をした訴外亀井捨光らの欺罔手段に直接乗ぜられた損害というべきである。したがって、その責めは貰えるものは貰っていずれへかに遁走した同

「境界」紛争と土地家屋調査士の責任

訴外人がこれを負うべきであるのに、これをさしおいて被告国に対してその責任を転嫁するのは登記官ひいては国に不可能を強いるものといわざるを得ない」と。

(b) 土地家屋調査士の不法行為責任・「過失」をどう考えるか

そこで、絵図(公図・土地台帳付属地図)に基づき、いわゆる三斜法を用いて土地の分割および求積の地積測量図を作成した土地家屋調査士の「過失」が問われる。

3 周辺業務における過誤

表示の登記申請とは関わりなく境界の認定や測量の依頼がなされることがある。この業務に関して過誤があり、第三者に不測の損害を生ぜしめた場合には、2の場合と異なって、もっぱら土地家屋調査士の法的責任が問われる。

これに関して興味深いのは、その法的責任が争点とはなっていないが、土地家屋調査士の不当測量が絡む最判昭和63.1.26民集42巻1号1頁の事例である。この訴訟(後訴)は、前訴で勝訴した側(B調査士)が前訴で敗訴した側(A)を不当訴訟を理由に損害賠償を求めたものである。

(1) 事案の概要

甲土地をめぐるA(売主)とE(買主)との売買契約において、代金は1億500円とするが坪当たりの価格を金5713円とし、後日実測のうえ、精算するとの約定

がなされた。売買のさいにEから甲土地の測量を依頼されたB調査士が甲土地を測量するさいに現地に行ったのは仲介のDとEだけであった。Bは、隣接地所有者の立ち会いを求めて境界を確認してからでなければ測量できないとして断ったが、Dから「測量図は取引の資料にするに過ぎないので、とりあえず指示する測点に従って測量し、その中に食い込む形になる森屋某所有の土地についてはその公簿面積を差し引くという方法で本件土地の面積を出してほしい。隣接地との境界は後日確定する。」といわれたので指示通りに測量し、測量図及び面積計算書をEに交付した。そのさい、DがEに働きかけて甲土地の実測面積を実際より少なくし、その分の代金相当額を両者で折半せんとした。Aは、Eに対して、正確な測量結果に基づき残余金の精算を要求したが、Eはこれに応じない。

そこで、Aは、Bに測量を依頼したのはAであることを前提に、Bが甲土地の測量図を作成したさいに過小に測量したため、Eから不足分の土地代金544万円をもらえず、同額の損害を被ったとする。これは、測量委託契約の過誤に基づく損害賠償請求である(前訴)。

(2) 土地家屋調査士の職責

ところが、Bの言い分によれば、測量を依頼したのはEであってAではない。そこで、控訴審判決は、「BとA間には、測量に関し委任、請負等の契約関係は存

在しないのであり、しかも、Bは、Dの指示するところに従いその測量結果がEとD間の売買の資料に供されるにすぎないとの認識のもとに、本件土地の測量を実施したのであって、このことは依頼者であるEも了承しているところというべきであるから、たとえ、Bの実施した測量の結果算定された本件土地の面積が実際のそれより少なかったからといって、AがBに対し委任、請負等の契約上の責任はもとより、不法行為上の責任も問えないことは明らかであり、Aが前訴で敗訴したことは当然と判示した。

これに対して、提訴したAの違法性を否定した第1審判決は、Bは、右のとおりB測量の直後からひとたびD、E以外に実質上の売主たる利害関係人のAが出現しているのであるから、「土地家屋調査士制度の趣旨すなわち不動産の表示に関する登記手続の円滑な実施に資し、もって不動産に係る国民の権利の明確化(不動産それ自体の物理的状況を明らかにすること)に寄与すること、従って、その業務は公共的性格を有し公正誠実を旨とすべきでありとされていることに鑑み同測量にこだわらずその時点で正確な測量を実施し土地家屋調査士の職務を全うすべきであったと解するのが相当である」とする。

したがって、依頼者の意向に沿ったことは土地家屋調査士の不法行為責任を免責する理由とはならない⁽⁴⁷⁾。これに関

「境界」紛争と土地家屋調査士の責任

連して、東京地判昭和55.2.6判時967号80頁の事案における土地家屋調査士の所為に言及すると、実測図は、依頼者から現況を測量するように依頼されて、依頼者の指示のみに基づいて測量し、写図したが、測量図の注「本図は市道、官有地、京浜急行、一部民有地関係の立会いせず、官有地（青地、公図参照）を含む現況求籍せるもので、後日のため申し添えておきます。」と記載している。

第1審判決によれば、「Aからすでに代金の完済を受けたDと買主のEらは真実の売主たるAの損失において不当の利得を得んとAに内密に殊更Bをして過少面積を算出させAをして損失を生じさせた疑いがある」という。Bは、E会社の代表者のEの義弟で、E会社で必要とする測量のほとんどを担当していることもあって、上告理由では、「Bは測量士・土地家屋調査士でありながら、かかる不明瞭な取引に手を貸したものとわづるえない」と指弾されている。土地家屋調査士の専門職能としての職責が問われる事案であった。

*本稿は、筆者が講師を務めた静岡県土地家屋調査士会「土地境界鑑定講座 第5回」（平成20年2月20日）において配布したレジユメを基に復元し、若干の修正・加筆をしたものである。しかも、講義内容については、あらかじめ主催者の側からの要請があった講義事項を組み込

んだことから、すべての事項に関して網羅的に言及しているわけではない。

- (1) 寶金敏明「境界確定の法理と登記実務（その2）」登記情報37巻7号41頁（平成9年）
- (2) その結果、隣接地との境界が一部確認できないとして申請が却下されたが、これが違法ではないとした事例として、甲府地判昭和53.5.31訴月24巻8号1609頁。
- (3) 寶金・前掲論文（その2）47～49頁
- (4) 寶金・前掲論文（その2）48頁
- (5) 寶金・前掲論文（その2）44頁
- (6) 寶金・前掲論文（その2）48頁
- (7) 昭和昭和50.4.22民集29巻4号433頁も同旨。
- (8) 境界確定の訴えが提起された場合、時効取得の抗弁がなされても、これは、所有権の範囲を定めるのではない境界確定の訴えとは関係がないものと扱われる。したがって、時効取得に基づき境界を越えて隣地の土地の一部について所有権を主張するならば、別に当該の土地につき所有権の確認を求めべきことになる。参照、最判昭和43.2.22民集22巻2号270頁。
- (9) 最判昭和33.8.28民集12巻12号1936頁

- (10) 最判昭和31.12.28民集10巻12号1639頁が引用されている。もっとも、学説には、少数であるが、新堂幸司『新民事訴訟法』(平成10年)182頁以下は、境界確定の訴えの実質は、あくまでも所有権の効力の及ぶ範囲についての私人間の争いであり、そのような争いを解決するに適した取り扱いを考えるべきとし、また、境界の争いでは、あくまでも隣接地の所有者間の利害の調整が問題となるのであるから、通常の民事訴訟の場合と同様、和解など係争利益についての処分も可能とする。同旨、吉野衛「境界紛争の法的解決(5・完) - 筆界の確定を中心として - 」登記研究520号29頁。
- (11) 和解は、民法において、13の典型契約の一種として規定がある。和解は、周知のように、裁判所が関与する類型がある。裁判上の和解として、起訴前の和解(民訴275)、訴訟上の和解(民訴89)があり、調停として、民事調停(民事調停法)と家事調停(家事調停法)がある。これら裁判所が関与する和解や調停には、判決と同一の効果が付与され、債務名義となる。
- (12) 大阪高判昭和38.11.29下民集14巻11号2350頁、大阪高判昭和57.2.9判タ470号136頁
- (13) 安藤一郎「境界の合意」同編『現代裁判法大系5-市道・境界』(平成10年)315頁
- (14) 同旨、神戸地判昭和58.11.29訴月30巻5号773頁
- (15) 鎌田 薫「土地家屋調査士の責任」川井健・塩崎勤『新・裁判実務大系 専門家責任訴訟』(平成16年)135頁
- (16) 鎌田・前掲論文136頁は常に厳正な実地調査を要求することは、地積整備の負担を一方当事者に押しつけることにはほかならないので、他の資料から合理的に現況を把握できる限りにおいて、実地調査を省略してもやむを得ないと認められる場合がありうるものとする。
- (17) 鎌田・前掲論文134頁は、「いずれにせよ、これが、特定人に対する測量図の交付ではなく、表示の登記の申請であった場合には、登記制度それ自体が広く公衆の閲覧・利用に供することを目的とした制度である以上、実体に合致しない表示登記を申請した土地家屋調査士が、依頼者の求めに応じたことを理由として、第三者に対する不法行為責任を免れうる可能性はほとんど存しないものと解される」とする。