

法定外公共物の一括譲与と占有者による時効取得

碓井 光明

1 はじめに

「法定外公共物」は、広義には、機能管理に関する特別法（公物の管理法）の適用や準用を受けない公共用物であり、そのうち、地盤が旧建設省所管の公共用財産であるものを「狭義の法定外公共物」と呼んできた¹⁾。以下においても、実際には、もっぱら狭義の法定外公共物の扱いが議論の対象とされる。

機関委任事務の手法が認められていた時代には、法定外公共物は国有財産であって、国有財産法²⁾及び建設省所管国有財産管理規則の解釈として、その財産管理は、都道府県知事が機関委任事務として行うものとされていた。他方、機能管理は、事実上、市町村が行っていた³⁾。しかし、財産管理に関する機関

1) 法定外公共物の定義に関しては、寶金敏明『4訂版 里道・水路・海浜——長狭物の所有と管理——』（ぎょうせい、平成21年）3頁以下及びそこに掲げられている文献を参照。

2) 「国は、国有財産に関する事務を、政令の定めるところにより、地方公共団体又はその吏員に取り扱わせることができる。」（9条3項）

3) 財産管理と機能管理とを明確に区別できるかについて、疑問を提起する者も見られた（塩野宏「法定外公共用物とその管理権」ジュリスト増刊『行政法の争点（新版）』（平成2年）152頁、亀田健二「法定外公共物」ジュリスト増刊『行政法の争点〔第3版〕』（平成16年）194頁）。

委任の法的根拠及び機関委任されている事務の範囲は不明確であった。また、市町村は、事実上の管理をしているにもかかわらず、その法的位置づけが不明確であった。

「地方分権推進委員会第 4 次勧告」（平成 9 年 10 月 9 日）は、こうした不明確さに加えて、財産管理の関係において、地域開発や宅地開発等に伴い、国有財産の売払い等が行われる際には、都道府県や市町村がその境界画定や用途廃止の事務を処理しているとともに、その売払収入は国庫に帰属されるなど、地方公共団体、特に市町村にとって大きな負担となっていること、機能管理の面において、市町村が事実上の管理に伴う経費を負担し、さらに国家賠償責任を問われる、などの問題を指摘した。

そして、こうした問題の解決のために、三つの手法が考えられるとして、その第一の手法として、「財産管理に関する事務も現に地方公共団体が担っていることから、国有財産である法定外公共財産を地方公共団体に譲与することにより、機能管理、財産管理ともに地方公共団体の自治事務として処理する手法が、最もすっきりし、筋の通った考え方である」と述べた。次に、第二の手法として、法定外公共財産を国有財産としつつ、機能管理は地方公共団体の自治事務とし、財産管理は地方公共団体の法定受託事務とする手法がありうるとしつつも、その場合には国有財産管理法上の位置付けとその経費負担の明確化が不可欠である、と述べた。

平成 11 年法律第 87 号「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」（いわゆる「地方分権一括法」）により、国が地方公共団体に譲与できる普通財産として国有財産特別措置法（以下、「特別措置法」という。）5 条 1 項に「河川等（河川法（…）が適用され又は準用される河川及び下水道法（…）が適用される下水道を除く。…）又は道路（道路法（…）が適用される道路を除く。…）の用に供されている建設大臣の所管に属する土地（その土地の定着物を含む。）について、国が当該用途を廃止した場合において市町村が河川等又は道路の用に供するとき」（5 号）が付加された。河川法の適用・準用

される河川、下水道法の適用される下水道及び道路法の適用される道路を除くことにより、「法定外」の河川等及び道路を譲与の対象にする趣旨を示している。このような内容の地方分権一括法は、平成 12 年 4 月 1 日施行とされた。

これを受けて譲与の手続が進められることになった。しかし、次に述べるように譲与対象土地の状況確認を十分にしないままに書面上の譲与がなされたために、それらの土地の中に、私人が所有の意思をもって長期間占有し、すでに国との関係において取得時効が成立していたと見られるものも含まれていた。そこで、この法改正に基づく譲与と時効取得との関係をめぐる問題が生じた。本稿は、この点について裁判例及び行政レベルの対応の両面について検討しようとするものである。

2 国有財産特別措置法 5 条 5 号に基づく譲与

(1) 譲与申請の対象土地

地方分権一括法附則 54 条 1 項は、市町村は、同法施行の際現に特別措置法 5 条 1 項 5 号に該当する土地で当該市町村の区域内に存するものについて譲与を受けようとするときは、「速やかにその土地を特定し国に対してその旨を申請する」と定めた。「速やかに」という不確定の期間を定めたものの、譲与手続の完了時期について、大蔵省、建設省及び自治省の 3 省の協議により、地方分権一括法の施行の日から 5 年以内とされた⁴⁾。したがって、法定外の河川等及び道路は、所在地の市町村に譲与されて、平成 17 年 4 月 1 日以降は、

4) 以上のような動きについては、建設省財産管理研究会『地方分権と法定外公共物』（ぎょうせい、平成 14 年 7 版）21 頁を参照。法定外公共物である里道につき近世にまで遡って変遷をたどり、さらに地方分権改革後の管理についても検討した文献として、渡邊成彦「法定外公共物（里道）の変遷と分権譲与後の管理——静岡県沼津市の状況を中心として——」自治総研 474 号 1 頁（平成 30 年）がある。

市町村の所有となっているのが原則である。市町村は、対象公共物を一括して譲与申請する場合が多かったと推測されるが、何回かに分けて申請する場合もあったようである⁵⁾。

なお、市町村に譲与されるまでの間は、地方分権一括法により改正された国有財産法 9 条 3 項に基づく法定受託事務として都道府県がその財産管理事務を行うものとされた⁶⁾。また、平成 17 年 3 月 31 日までに市町村に譲与されなかった法定外公共物については、同日をもって一括して用途を廃止し、同年 4 月 1 日以降は、国が直接管理することとされた⁷⁾。

前記のように特別措置法 5 条 1 項 5 号は、国有財産法 18 条 1 項が行政財産について譲与を禁止していることとの関係において、国としては、いったん形式的に用途を廃止して普通財産としたうえで⁸⁾ 市町村に譲与することとしたものであって、あくまでも河川等又は道路として公共の用に供されている土地（公共物の現況にある土地）を対象としたものである。したがって、地方分権一括法施行時点において公共物の現況を失っている土地は、特別措置法 5 条 1 項 5 号による譲与の対象になるものではない⁹⁾。

（2）取得時効の援用と民法 177 条

公共用財産について取得時効が成立するか否かに関して、最判昭和 51・12・24（民集 30 巻 11 号 1104 頁）は、「長年の間事実上公の目的に供用されること

5) 東京都新宿区は、平成 12 年度にモデル地区の 2 地区を申請し、その後、平成 13 年度、14 年度、15 年度に分け、かつ、各年度前期と後期とに分けて譲与申請を行ったという（新宿区監査委員『平成 28 年度 行政監査結果報告書 法定外公共物（行政財産）の管理について』（平成 28 年 9 月）5 頁）。

6) 公共用財産管理研究会編『法定外公共物の譲与』（ぎょうせい、平成 13 年）49 頁。

7) 公共用財産管理研究会編・前掲書 50 頁～51 頁、道路法令研究会編著『改訂 5 版 道路法解説』（大成出版社、平成 29 年）690 頁。

8) 用途を廃止して普通財産にすることは、公共物としての機能を停止ないし廃止するものではない。公共用財産管理研究会編・前掲書 6)、55 頁。

9) 中村稔編『平成 27 年改訂 国有財産法精解』（大蔵財務協会、平成 27 年）601 頁。

なく放置され、公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、その物のうえに他人の平穏かつ公然の占有が継続したが、そのため実際上公の目的が害されるようなこともなく、もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には」、黙示的に公用が廃止されたものとして取得時効の成立を妨げないと解するのが相当である、と述べた。法定外公共物も、公共用財産である。かつて公共物であった土地であっても、長年にわたり私人が自主占有を継続して黙示の公用廃止があったものと認められる土地は、公共物の現況にないのであるから、譲与の対象になるものではない。占有を継続してきた者が、国有財産である間に、もしも訴訟において取得時効を援用した場合には、それに基づく時効取得を認める判決が下されたであろう土地が、譲与手続のうえで、譲与対象土地に紛れ込んだこともあったであろうと推測される。

しかし、公共物を長年にわたり占有してきた者が、その所在地の市町村に対して訴訟を提起して時効取得を援用した場合に、民法 177 条により登記をしていない占有者は市町村に対抗することはできないことを理由に、時効取得を認めないとする裁判例が登場した。係争の土地の管理状況にまったく変化がなく、本来譲与の対象にならない土地であるにもかかわらず、占有者は、譲与を受けたとする市町村に対抗できないというのである。このような裁判例に疑問を有していたところ、その後、市町村が対抗要件の欠缺を主張することが信義則に反するとして時効取得を認める裁判例が散見されるようになった。

(3) 道路法 90 条 2 項等に基づく譲与

これらの裁判例には、必ずしも特別措置法 5 条 5 号の事案のみではなく、道路法 90 条 2 項の譲与の事案も含まれている。道路法 90 条 2 項は、国の普通財産たる土地を都道府県又は市町村が道路の用に供する場合の譲与であって、特別措置法 5 条 5 号が、譲与手続のためにわざわざ一時的に普通財産の形式を借用するのとは異なっている。大蔵省の通達「公共的な用途に供される普通財産の取扱いについて」(昭和 43・3・25 蔵国有第 399 号、平成 24・5・15 財理

第 2320 号による改正後のもの）によれば、都道府県道又は市町村道の新設又は改築を行う場合に普通財産を必要とするときは、「路線の認定があり、かつ、区域の決定があったときに道路法第 90 条第 2 項の規定により当該普通財産の無償貸付けを行うものとし、供用の開始があったときに当該普通財産の譲与を行うことができる」として、無償貸付けと譲与との 2 段階方式が採用されている（第 1 の 2 (2)）。公共下水道の新設又は改築を行う場合にも、下水道法 36 条の適用に関して、事業計画の認可があった段階で無償貸付けを行い、供用開始の公示があったときに譲与を行うこととされている（第 3 の 2 (1)）。

これらの原則的な扱いの場合には、譲与は供用開始時であるから、およそ時効取得は問題にならないかのように見える。にもかかわらず問題となっている理由は、道路についていえば、都道府県道又は市町村道に貸し付けられている土地（それは国にとっての普通財産）が私人に占有されているからなのであろう。この場合の普通財産は、「準公共用財産」である。道路法施行法 5 条 1 項により無償貸付とみなされたものが多いと推測される。建設大臣官房長の通知「法定外公共物に係る国有財産の取扱いについて」（平成 11・7・16 建設省会発第 459 号）が、法定外公共物に係る国有財産の譲与手続とあわせて、法定公共物に係る国有財産の譲与についても一層の促進を図るべきこととし、「特に、法定外公共物と法定公共物が並行して存する場合等、法定外公共物と法定公共物が一体として機能を発揮している場合であって双方とも敷地が国有財産である場合においては、法定外公共物部分についての改正国有財産特別措置法第 5 条第 1 項第 5 号の規定による譲与の申請と同時に道路法第 90 条第 2 項又は下水道法第 36 条の規定による譲与の申請を行うことを基本とすること」と述べていたことに関係しているのであろう¹⁰⁾。もちろん、例外的に、地方公共団体に貸し付けられていない「転活用財産」の場合もあろう。

10) 阿部泰隆『行政法解釈学 I』（有斐閣、平成 20 年）226 頁、八王子市包括外部監査人＝伊藤俊克『平成 27 年度八王子市包括外部監査の結果報告書』（平成 27 年 11 月）55 頁参照。

3 譲与契約書による譲与対象公共物の特定と機能確認

(1) 譲与対象公共物の特定

一括譲与手続の後の取得時効の成否の問題を浮き彫りにした最初の裁判例は、名古屋地判平成 19・3・20（判例自治 294 号 77 頁）であろう。判例集に採録されている事実関係がわずかであるので、正確に論ずることができないが、被告・名古屋市が平成 15 年 4 月 1 日付で本件譲与契約書の調印をしたこと、同譲与契約書 4 条 1 項に「譲与物件の所有権は、本契約を締結したときに譲受人に移転する。」旨の約定があることを認定して、「被告は、同日、国から本件赤道の譲与（本件譲与）を受けてその所有権を取得したことが認められる」と述べている。この判示において、気になるのは、譲与物件が譲与契約書に、どのように記載されているのかである。

推測の域を出ないが、国の示したガイドラインに従って、「譲与物件は、平成…年…月…日付国有財産譲与申請書添付の国有財産一覧表のとおり」のように記載されたものであろう¹¹⁾。申請書添付の「国有財産一覧表」には、特定番号、所在地、財産の種類、特定図面番号、備考の欄が設けられ、その所在地欄には、「〇〇市〇〇町大字〇〇字〇〇、〇地先～〇地先」と表示され、さらに特定番号図面番号により、図面上の場所を辿ることができるようになっている¹²⁾。

これによって、譲与対象とする土地が特定されているはずである。

(2) 機能喪失財産譲与契約の効力

特別措置法 5 条 1 項 5 号による譲与の対象になるのは、あくまで現に公共の用に供されているものである。そこで、前記のように土地が特定されていると

11) 公共用財産管理研究会編・前掲注 6)、63 頁。

12) 公共用財産管理研究会編・前掲注 6)、139 頁。

しても、個々の財産（土地）が現に公共の用に供されていて、真に譲与の対象となり得るものであるかどうかの問題となる。その確認が、「機能確認」である。国のガイドラインは、機能確認について、①各種資料と作業用図面を照合して現況を確認、②資料による確認ができないものについての調査（現地調査、自治区・町内会・土地改良区等への照会）、③作業用一覧表への記入及び作業用図面への着色・明示、を掲げている¹³⁾。しかし、現況確認や現地調査がどの程度徹底されたのかは知ることができない。限られた担当職員で多数の土地についての機能確認作業を行うことは、相当困難であったと推測される¹⁴⁾。そればかりか、最初から、機能の有無にかかわらず譲与を受けるという方針の下に事務処理を進めた市町村もある¹⁵⁾。結果的に、公共物としての機能を有しない土地が、相当程度、譲与対象土地として紛れ込んでいたことになる¹⁶⁾。

公共物としての機能を喪失している土地は、そもそも譲与対象土地でないから、そのような土地を譲与契約書に掲げたとしても、譲与の効力を生じておらず、無効なのであろうか。それは、誰でも主張できる無効なのであろうか。

この問題を解決するに当たっては、二つの面からの検討が必要であろう。

第一に、特別措置法 5 条 1 項 5 号の譲与に関する規範の法的性質の検討である。特別措置法 5 条 1 項 5 号は、国の財産管理に関する規範であって、それに違反して譲与がなされたとしても当然に無効となるものではない。この規範に

13) 公共用財産管理研究会編・前掲注 6)、130 頁～131 頁。

14) 渡邊成彦・前掲注 4) は、「多くの市町村では、実際は譲与期限に間に合わせるため、大前提である機能の有無の現地調査をおざなりに、機能確認が不十分な中、譲与申請をし、実態のないまま市町村の財産となっているという問題が生じている」と述べている（30 頁）。

15) 八王子市に関して、『平成 27 年度八王子市包括外部監査の結果報告書』（前掲注 10)）を参照。同報告書は、東京都の説明会において、都から早期に譲与を受けることを求められたことが大きいと見ている（38 頁）。

16) 『平成 27 年度八王子市包括外部監査の結果報告書』（前掲注 10)）は、全物件のうち 30% 以上は全部機能がないものと推測している（45 頁）。

着目する限り、無効とされるのは、機能喪失状態にあり、国との関係において私人の取得時効が完成していることを市町村が十分に承知しながら、譲与の形式を利用して自己の財産とすることにより歳入を確保する目的で譲与申請をしたような無効とすべき特段の事情がある場合に限られるというべきである¹⁷⁾。

寶金敏明氏も、「例えば機能喪失財産であることが明らかであるのに、市町村が専ら私人への払下げを目的として譲与を申請するのは、譲与制度の目的を逸脱しており、違法・無効となると解される」としつつ、「通常行われているように公図によって包括的に譲与財産を特定し、譲与を受けたというにとどまる場合は、その手続自体は違法とまではいえない」としている¹⁸⁾。無効となるのは、譲与制度の目的を逸脱する例外的場合に限られるという理解である。であるからこそ、譲与を受けたと主張する市町村を被告として、所有権を有することの確認訴訟が提起されるのであろう（後掲の東京地判平成 20・3・25D1-Law.com、その控訴審・東京高判平成 20・10・30 判タ 1296 号 200 頁。黙示的公用廃止がないことを理由に時効の成立を否定した例として東京地八王子支部判平成 18・10・19 判例自治 291 号 80 頁）。

第二に、一括譲与契約のうち、機能喪失財産の部分に関しては、要素の錯誤があつて無効であるとする構成も検討の対象となろう。従来の民法 95 条 1 項は、「法律行為の要素に錯誤があつたときは、無効とする」と定めていたので、時効取得を主張する私人が錯誤による無効を主張することもできるかどうかの問題となる。錯誤無効は、錯誤によって意思表示をした者（表意者）を保護するための制度であることを理由に、表意者自身が無効を主張する意思がない

17) 随意契約の制限に関する法令に違反して締結された契約の効力に関する最判昭和 62・5・19 民集 41 卷 4 号 687 頁を参照。寶金敏明・前掲注 1)・389 頁注 (1) は、福岡高宮崎支部判平成 18・11・29 (判例集未登載) が、現に公共の用に供されているとはいえないとしても、譲与の私法上の効力に影響を及ぼすものではないとしている、旨を紹介している。

18) 寶金敏明・前掲注 1)、388 頁。

場合に、第三者による無効の主張を認める必要はないとするのが判例¹⁹⁾・通説²⁰⁾である。ただし、前記の財産管理法違反を付加することによって、利害関係を有する者に例外的に無効の主張を認める考え方が全く成り立たないとはいえなかったであろう。しかし、平成 32 年 4 月 1 日施行の改正民法 95 条 1 項においては、旧法下において表意者自身が効力を否定した場合に限り無効とされることに鑑み主張された「取消的無効」²¹⁾の学説なども踏まえて、意思表示者の取消権として構成されている。その結果、およそ第三者による無効の主張を認める説は成り立たないことになる。

（3）時効取得を主張する場合の被告

法定外公共物であった土地を長期にわたり継続して占有している者が、時効により当該土地を取得したとして時効取得による所有権の確認を求め、あるいは時効取得を原因とする所有権移転登記手続を求める訴えを起こそうとする場合に、国と市町村のいずれを被告として提起すればよいのが問題となる。

未登記の当該土地について、当該市町村が国から譲与を受けたと主張している場合には、当該市町村を被告とすることが自然なように見える。実際にも、市町村を被告とする訴訟が圧倒的である。それは、後述の行政レベルにおける対応の原則にもかかわらず、時効取得を主張する（援用しようとする）者が、国の機関である財務事務所等に出向いた場合には、担当者から「当該土地は、すでに市町村に譲与されている」と応答され、市町村に出向いた場合には、当該市町村から「国から譲与を受けた土地である」と応答されることが多いから

19) 最判昭和 40・9・10 民集 19 巻 6 号 1512 頁。

20) 幾代通『民法総則 [第 2 版]』（青林書院、平成 3 年）275 頁、四宮和夫＝能見善久『民法総則 第 9 版』（弘文堂、平成 30 年）261 頁。

21) 幾代通・前掲書 276 頁、内田貴『民法 I（第 4 版）総則・物権総論』（東京大学出版会、平成 20 年）75 頁。

であろうと思われる。すなわち、国の機関も市町村も、譲与契約書の記載を優先する行動をとって、にわかに現地調査等に腰を上げようとしないと推測される。その結果、時効取得を主張する者と譲与により所有権を取得したとする市町村との間の紛争となるからである。また、市町村道との境界確定訴訟などにおいては市町村が訴訟当事者となることは当然である²²⁾。何らかの事情で一括譲与の対象とならずに、国有の普通財産とされた土地²³⁾について道路法90条2項により譲与がなされる場合も同様である。

しかし、登記手続を求める訴訟については、別途検討することが必要となろう。

まず、時効による取得は、民法理論としては原始取得であるとされながらも、登記実務においては承継取得とされている。

未登記の土地であるならば、所有権確認請求認容判決に基づいて、原告が単独で表示登記及び保存登記の申請をすることができよう²⁴⁾。

国に所有権保存登記がなされている場合は、国に対する所有権確認請求認容判決及び所有権移転登記手続請求認容判決を得て、単独で登記申請をすることができる。また、市町村に先手を打たれて譲与を受けたとして市町村名義の登記がなされているときは、取得時効の完成によって権利を失うのは登記名義人たる市町村であるから、当該市町村を被告として²⁵⁾、所有権確認請求認容判決及び所有権移転登記手続請求認容判決を得て、単独で登記申請できることに

22) 公共用財産管理研究会編・前掲注6)、68頁。

23) 特定が不能であった財産について、平成17年度以降にも譲与があり得ることについて、公共用財産管理研究会編・前掲注6)、207頁。

24) 東京高判平成20・10・30判タ1296号200頁は、そのような事例である。

25) 大場浩之ほか『時効取得の裁判と登記』（民事法研究会、平成27年）173頁（執筆＝三浦直美、石川亮）。

なる（不動産登記法 63 条 1 項）²⁶⁾。これらの場合に、所有権確認請求認容判決のみでは、登記義務者である国又は市町村が協力して共同申請に応じてくれない限り、単独で申請しても所有権移転登記を受けることはできない（不動産登記法 60 条）。

4 裁判例にみる自主占有者による時効の援用と登記欠缺の抗弁

すでに述べたように、機能確認が不十分な場合には、私人が長期にわたり自主占有して取得時効が完成していると思われる土地も、一覧表に譲与対象土地として掲げられていることがある。自主占有者が、何らかの理由で、所有権が自己にあることを確定させる必要があつて、訴訟を提起して時効の援用をする場合がある。前記の名古屋地判平成 19・3・20 は、そのような事件の一つである。そのほかにも裁判例を目にすることができた。それらの事件において、時効を援用する原告・私人が、時効取得していることをもって、国からの譲与を受けたと主張する被告・市町村に対して、対抗できるか否かが問題とされた。

（1）譲与を受けたとする市町村からの登記欠缺の抗弁を認めた裁判例

前記の名古屋地判平成 19・3・20 は、譲与契約書に「譲与物件の所有権は、本契約を締結したときに譲受人に移転する。」という内容の約定のあることが認められ、譲与契約締結日に国から譲与を受けてその所有権を取得したことが認められるとし、続けて次のように述べた。

「仮に本件取得時効が成立するとすれば、原告と、本件取得時効の完成後に

26) 畦畔であった公共用財産につき国から世田谷区に譲与されたとする事案において、所有権移転登記手続をすることを求める給付訴訟についても、譲与を受けたと主張する世田谷区が被告であることを前提に、認容判決が出されている（東京地判平成 21・9・15 判タ 1329 号 146 頁）。

本件赤道の所有権を譲り受けたことになる被告とは、民法 177 条の対抗関係に立ち、原告は、対抗要件（登記）を具備しない限り、本件取得時効をもって被告に対抗することができず、また、この理は、本件赤道について表示の登記及び保存登記がなされていないことによって左右されるものではないと解するのが相当である（最高裁昭和 57 年 2 月 18 日判決）。」

次いで、「元来被告が管理し、形式上国が所有していたものにすぎず、本件譲与による所有権の移転も形式上のものにすぎないから、本件取得時効による本件赤道の所有権の取得について、被告が本件譲与により形式的に所有権を譲り受けたことを理由に、原告の対抗要件の欠缺を主張することは、信義則に違反する」旨の原告の主張を、次のように述べて斥けた。

「本件赤道のようないわゆる赤道は、一般に国有財産とされており、従前より、財産管理に当たる事務については、国からの機関委任事務（現在は法定受託事務。国有財産法 9 条 3 項、4 項）として都道府県が行い、機能管理に当たる事務については、自治事務として市町村が行っていたものであるが、このように、市町村の行う管理は管理の権能の一部である機能管理に限定されるのであって、上記のような管理の方法のゆえに国の所有権が当然に形式的なものになるわけではなく、国から（機能管理を行っていた）市町村に対する譲与が形式上のものにすぎないと解することはできない。本件赤道についても、その機能管理は本件譲与以前より被告が行っていたことができるが、本件譲与による国から被告への本件赤道の所有権の移転が、原告の主張するような形式上のものにすぎないと解することはできない。この点に関する原告の上記主張は、独自の見解であり、採用できない。」

この判決の述べるように、従前の国の所有権が形式的なものということではできないであろう。この点において原告の主張の仕方に弱点があったといえる。しかし、問題は、所有権を有してきた国と機能管理をしてきたはずの市との関係を対抗要件の場面においていかに評価すべきかにある。

次に、東京地判平成 20・3・25（D1-Law.com）も、仮に原告に時効取得が認められるとしても、被告・世田谷区は、前占有者による本件係争地の取得時効が完成した昭和 53 年 1 月 23 日経過時の後である平成 16 年 4 月 1 日に本件係争地を譲与により取得しており、時効取得後の第三者に該当するから、占有の承継者たる原告は、登記の欠缺を主張する被告に対抗することができないとした。また、被告が背信的悪意者に当たるとする原告の主張については、被告が本件譲与の申請にあたり、個別調査をしておらず、本件係争地の現況を確認していないことからすれば、国から本件係争地の譲与を受けるに際し、原告による本件係争地の長年の占有を認識していたとの事情は認められないから、採用できないとした。

被告が個別調査をせず現況確認をしていないことが、背信的悪意者に当たらないことの論拠とされたのである。たしかに、背信的悪意者に該当するほどの状況にあったということは困難であろう。

（2）信義則により登記欠缺の抗弁を認めない裁判例

前記の東京地判平成 20・3・25 の控訴審・東京高判平成 20・10・30（判タ 1296 号 200 頁）は、国から譲与を受けた世田谷区が登記の欠缺を主張できるとすることは信義誠実の原則に反するとして、原告・控訴人の所有権確認請求を認容した。判決は、特別措置法 5 条 1 項 5 号の趣旨は、里道や水路といった法定外公共物の管理が、従前、財産管理は国の機関、機能管理は市町村（東京都の特別区を含む）という二元的な管理が行われてきたが、地方分権推進施策の一環として、財産管理と機能管理を市町村に一元化すべく、包括的な譲与手続を行うこととしたものであるとし、譲与の対象となるのは、現に機能を維持しているものに限られ、公物としての機能を失ってしまっている里道や公共用水路等（「機能喪失財産」）は、譲与の対象からは除外され、公物としての機能を喪失しているか否かの判断は、行政手続上は、譲与を申請する市町村の判断に委ねられることになるが、「機能喪失財産であることが明らかであるのに譲与

の申請をすることは、認められていないというべきである」と述べた。

そして、本件係争地は遅くとも昭和 43 年 1 月 23 日以降は機能喪失財産となっていたというべきであるところ、「被控訴人は本件譲与の申請にあたり、対象土地の個別の調査をしないまま、譲与対象となる道路等につき一括して譲与申請をしており、その結果、機能喪失財産であって本来譲与の対象とすべきでなかった本件係争地についても譲与を受けたものであり、仮に調査を行っていれば、本件係争地が機能を喪失していることは明らかであるから、本件係争地について譲与の申請をすべきではないことは容易に認識しえた筈である。そして、譲与が為されなければ、控訴人は時効取得に基づく所有権を、国に対して主張しえた筈である」と述べ、次のように結論づけた。

「本件係争地を含む譲与がなされたのは、市町村が機能管理をしている法定外公共物について、財産管理も市町村に一元化するためであったこと、被控訴人が調査を怠った結果、本来譲与の対象とすべきでなかった本件係争地が譲与されたこと、本件の譲与がされなければ控訴人は取得時効に基づく所有権を国に対して主張しえた筈であること等の事情を考慮すると、本件係争地について、譲与を受けた被控訴人が、時効成立後の権利取得者として時効取得者に対し、登記の欠缺を主張できるとすることは信義誠実の原則に反するといわざるを得ないから、被控訴人は控訴人の登記の欠缺を主張できないと解するのが相当である。」

この判決において、被告が登記の欠缺を主張することが信義誠実の原則に違反するという結論を導く事情が多面にわたっており、いずれに重点があるのか明確ではない。調査を怠った点についていえば、一括譲与の故に個別の調査をすることは不可能であったともいえる。重要なことは、一括譲与手続によって時効取得を主張できない事態を招いたという、通常取引と異なる特殊な事情があることに求められるのかもしれない。この判決においては、背信的悪意者とは述べられていないことに注目したい。

東京地判平成 21・9・15（判タ 1329 号 146 頁）も、原告が係争地 1 及び係

争地 2（ともに国有畦畔）につき、それぞれ自主占有を開始した時点においては、ともに黙示的に公用が廃止されていたと認められるとして、いずれも取得時効により原告が所有権を取得したものとした。

判決は、私権の目的となりうる不動産の取得については、民法 177 条の適用がある以上、原告と被告とは所有権の取得をめぐる対抗関係に立つものであり、「原告は、本来、本件係争地 1 について登記を具備するまで、被告に対し、その所有権の取得を対抗できないことになる」として、民法 177 条の適用がある旨を述べた。

しかし、「そもそも、機能喪失財産であることが明らかな公共用財産について譲与申請をすることは予定されていない」ことを前提に、本件各係争地が、遅くとも昭和 49 年ころには、畦畔としての形態、機能を全く喪失し、畦畔としての原状を回復することも困難であったこと」を認定し、「被告は、本件各係争地が既に機能喪失財産になっており、本来譲与の対象とされる財産として予定されていなかったのに、譲与の申請に当たり、対象土地の個別の調査をせずに一括して譲与申請を行い、その結果本件各係争地について本件譲与を受けたものといわざるを得ず、仮に、調査を行っていたら、本件各係争地が機能を喪失し、本件各係争地について譲与の申請をすべきでないことが容易に認識しえたものといえる。そして、本件譲与の申請がされなければ、原告は、取得時効に基づいて本件各係争地の所有権を国に対して主張し得たのである」と述べた²⁷⁾。

27) この判決は、冒頭の「前提となる事実」において、国は、本件係争地を道路法 90 条 2 号（筆者注＝2 項の誤りか？）に基づいて被告に譲与したと認定しつつ、理由中においては、特別措置法 5 条 1 項 5 号による譲与と同様に一括譲与の手続が執られたかのように述べている。前者の譲与は、「普通財産」となっている財産を地方公共団体の道路の用に供するためになす譲与であり、後者の譲与は、現に公共の用に供されている財産の譲与である。建設大臣官房長通知「法定外公共物に係る国有財産の取扱いについて」（平成 11・7・16 建設省会発第 459 号）が、法定外公共物と法定公共物が並行して存する場合等、法定外公共物と法定公共物が一体として機能を発揮している場合であって双方と

そして、「国が本件各係争地の利用状況について異議を述べたような事情はうかがわれないこと、その後被告への譲与まで、そのような状態が約 30 年間継続し、平成 6 年の道路拡張の際にも、旧道路を管理していた三鷹市の担当者から原告に対し本件各係争地を含む一連の無番地の土地が存することについての指摘はなかったこと、本件係争地 1 についての時効完成から本件譲与までの期間が約 3 年半であることといった上記認定事実も併せ勘案すれば」、「被告が、時効完成後の第三者として原告に対し登記欠缺の抗弁を主張できるとするのは信義則に反するといわざるを得ず、被告は原告に登記欠缺の抗弁を主張できないと解するのが相当である」と結論づけた。

この判決も、原告と被告とが対抗関係にあることを認めつつも、信義則により、登記の欠缺の抗弁を認めることはできないとしたものである。この事件においては、係争地に接する旧道路を管理していた三鷹市の担当者が、その拡張の際に係争地の占有に関して何ら異議を述べていなかったことが重視されるべきかもしれない。しかし、この事件の被告は世田谷区であるから、他の地方公共団体の行動をもって信義則を根拠づけるには弱いように思われる。時効完成から譲与までの期間の考慮の仕方も明確ではない。

信義則違反による背信的悪意者の認定に関して、最判平成 18・1・17（民集 60 卷 1 号 27 頁）は、次のように述べている。

「甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるといふべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断

も敷地が国有財産である場合」に、両者の譲与申請を同時に行うことを基本とする旨を述べていたことによるのかもしれない。

することができないものであることにかんがみると、乙において、甲が取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるというべきであるが、その場合であっても、少なくとも、乙が甲による多年にわたる占有継続の事実を認識している必要があると解すべきであるからである。」

本稿において取り上げた信義則違反の裁判例は、この判決の述べる背信的悪意者に関する「多年にわたる占有継続の事実の認識」の必要性の基準を必ずしも満たしていないように思われるが、いかがであろうか。しかし、後に述べるように、背信的悪意者に該当しなくても、正当な利益を有する第三者に該当しないとされる場合があるので、先に取り上げた二つの裁判例が直ちに誤った判断であるということとはできない。

この点とはともかくとして、譲与財産に係る下級審裁判例には、出発点の問題があるように思われる。すなわち、裁判例が、そもそも民法 177 条の適用を前提に判断している点である。東京地判平成 20・3・25（D1-Law.com）は、「本件係争地は現在未登記の状態であるところ、被告は、平成 19 年 1 月 23 日の本件口頭弁論期日において、原告が本件係争地の対抗要件である登記を具備するまで、原告の所有権を認めないとの主張をした（顕著な事実）。」と認定している。また、東京地判平成 21・9・15（判例 1329 号 146 頁）も、「本件係争地 1 は未登記の土地であり」と述べている。

たしかに、前所有者から時効の完成後に当該不動産を取得した者と時効取得者とは、二重譲渡があった場合と同様の関係にあるとするのが判例である（最判昭和 33・8・28 民集 12 巻 12 号 1936 頁、最判昭和 48・10・5 民集 27 巻 9 号 1110 頁、最判昭和 41・11・22 民集 20 巻 9 号 1901 頁）²⁸⁾。しかし、それらの判例は、時効完成後に不動産を取得して登記を済ませた者との関係において時効取得者が対抗でき

28) 判例及び学説については、さしあたり舟橋諄一＝徳本鎮編『新版 注釈民法（6） 物権（1）〔補訂版〕』（有斐閣、平成 21 年）627 頁以下（執筆＝原島・児玉）。

ないことを述べたものである（最判昭和 33・8・28（前掲）、最判昭和 35・7・27 民集 14 卷 10 号 1871 頁、最判昭和 36・7・20 民集 15 卷 7 号 1903 頁、最判平成 18・1・17 民集 60 卷 1 号 27 頁）。

名古屋地判平成 19・3・20（判例自治 294 号 77 頁）の引用している最判昭和 57・2・18（判例時報 1036 号 68 頁）は、「私権の目的となりうる不動産の取得については、右不動産が未登記であっても、民法 177 条の適用があり、取得者は、その旨の登記を経なければ、取得後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができない」と述べているが、その事案も、時効完成後に所有権保存登記及び所有権移転登記が経由されたというものである。この判決は、登記を経由していない市町村との関係において如何に解するかについての直接の先例となるはいえない。もし対抗関係を問題にするなら、市町村の対抗要件の充足も問題にしなければならない²⁹⁾。

そして、登記先手主義が支配する場合に、公共物としての譲与を受けたと主張する市町村と、時効取得を主張する私人とは、対等の関係にあるとはいえないことに留意する必要がある。国は、市町村が登記を望むならば登記できるように、簡易な取扱いを示している。他方、対抗要件を備えたい時効取得者が、国に対して登記に協力を求めようとしても、当該市町村が争っている以上、後述の行政レベルの手続を突破することは容易ではない。時効取得者は、結果的に、登記に関して市町村に先手を打たれる結果となろう。こうした場面において、対抗関係にあるという出発点を認めること自体に、後述のように疑問がある。

29) 寶金敏明・前掲注 1)、386 頁は、「譲与を受けた財産の所有権を第三者に対抗するためには、未登記の財産については登記所に表示登記及び所有権保存・同移転登記等を申請する必要がある、既登記の財産についても、所有権移転登記の申請をする必要があろう」と述べている。山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、平成 24 年）34 頁も、「登記手続の遅延により地方公共団体が所有権取得を対抗できず、所有権に基づく請求ができない事態が発生する可能性はかなり残っている」と指摘している。

（3）時効の援用が認められたその他の裁判例

登記の欠缺の抗弁がなされなかった事案で、黙示の公用廃止に関して、興味深い判示をした裁判例として山形地判平成 18・5・25（D1-Law.com）を挙げることができる。一括譲与前に原告が時効を援用した所有権確認請求事件で、当初の被告は国であったが、山形市が被告承継参加人となって黙示の公用廃止をめぐり争った事案である。判決は、請求を認容した。

黙示の公用廃止に関して、最判昭和 51・12・24（民集 30 巻 11 号 1140 頁）の示した「長年の間事実上公の目的に供用されることなく放置されていたこと」という要件は、黙示の公用廃止を認め得る一例を示したものであり、「本件のように、付近一帯の宅地化が確実に予定されている中で、農業用水の確保の点でも農地の治水の点でも必要でなくなった本件係争地を含む一体の水路に対する埋立て及びこれを含む宅地造成並びにその後の長年にわたる継続使用につき、国、山形県、参加承継人等の公的機関が、これらを十分に認識し又は認識できる状況にありながら、当初から今日まで原告に対し一切積極的に苦情や異議を述べず、したがって、所有者たる国において原告が本件係争地を埋め立てることを黙示的に了解していたのではないかとすらうかがわれる状況にある場合には、直前まで公の目的に供用されていた土地であっても、黙示の公用廃止が認められるべきと考えられる」とした。そして、ごく近い将来、公共用財産としての機能が全く意味をなさなくなることが決定付けられていた場合は、占有開始時に黙示の公用廃止の要件が具備されていた場合と同視できる、という考え方を示した³⁰⁾。

5 国有財産特別措置法による譲与と民法 177 条の適用

（1）民法 177 条の適用の有無の検討

以上の裁判例において、譲与を受けた市町村が、自主占有者は登記を具備し

30) この事件は、控訴されたが、仙台高裁で和解が成立した。

ていない旨の抗弁をした場合に、その抗弁が信義則により排斥されるべきかが問題とされた。しかし、その前提として、そもそも特別措置法5条1項5号に基づく譲与後の所有権をめぐる争いの場面が、民法177条の適用場面といえるかが問題となるようにも思われる。すなわち、「譲与」の法的性質を検討する必要があると思われるからである。

裁判例は、二重譲渡の場面と同じであるという考え方に立っているのである³¹⁾。

形式的にみると、特別措置法5条1項5号は、国有財産法18条1項と同様に「譲与」の文言を用いており、後者の譲与が民法上の贈与の性質をもつことから³²⁾、前者の譲与も後者の特例規定なのであるから、私法上の贈与の性質を有しているように見える。外観上は、そのとおりである。しかし、以下のように、特別措置法5条1項5号の譲与は、相当異質な譲与である。

第一に、特別措置法5条1項5号は、「譲与」の対象とするために、国有の旧公共物をわざわざ普通財産とするにすぎず、里道・水路としての機能を現実に停止するものではない。また、その財産的な価値を実現するために普通財産とするわけでもない。要するに、譲与対象土地は、普通財産の属性を示すといわれる「収益財産」とか「財政財産」³³⁾の実体を有していないのである。

第二に、その所有権移転の目的についてみると、機関委任事務の廃止に伴い、市町村の自治事務に位置付けるために、市町村に譲与するものであって、所有権の移転の狙いは、私法上の取引の世界の通常の所有権移転とは異なるといわなければならない。「譲与」の法形式を採用しているにもかかわらず、それは、地方分権推進の一環としてなされた譲与であって、契約といっても、国と市町

31) 同趣旨の見解として、寶金敏明・前掲注1)、273頁。

32) 中村稔編・前掲注9)、582頁。

33) 中村稔編・前掲注9)、62頁。

村との間の特殊な契約であって、実質的には、限りなく「申請に基づく処分」に近いといってよい。譲与申請は、「譲与処分の申請」といってよい。譲与は、国と地方公共団体との間の政府間関係における行為である。この行為は、その外観にもかかわらず、地方自治法 245 条 3 号のいう「一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に対して具体的かつ個別的に関わる行為」にきわめて近いといってもよい。

第三に、この譲与は、譲与対象公共物が一覧表等によって示される一括譲与が一般的であった。一括譲与の場合の譲与は、個別の土地に着目してなされたわけではないのである。

第四に、譲与後の当該財産の位置付けについても考える必要がある。公共物としての機能を停止しないことを前提になされる譲与であるから、譲与対象財産は、少なくとも当面は取引社会の中に置かれることを想定していないのである³⁴⁾。譲与を受ける市町村が用途を廃止して、私人に払い下げることによって収入を確保することを、当初から企図しているような場合は、特別措置法による譲与制度の本来の趣旨に反することである。

以上に述べたような事情を総合的に考慮するならば、特別措置法 5 条 1 項 5 号により市町村に譲与された土地について、譲与を受けた市町村と時効取得を主張する者とが民法 177 条の適用を受ける対抗関係にあると考えること自体に躊躇を覚えざるを得ない。

これまでも、公法関係における民法 177 条の適用の有無が論じられてきた。周知のように、登記簿記載の農地所有者から農地買収処分をしたところ、真の所有者が同処分の取消しを求めて提起した訴訟において、最大判昭和 28・

34) 譲与を受けた市町村が、代替的公共用物を開設されたことなどにより、譲与を受けた財産の用途を廃止して普通財産として地方自治法等の規定に従い売り払うなどの例外的場合があり得るとしても、それは、特別措置法改正時において当面想定されていなかったことである。

2・18（民集7巻2号157頁）は、「農地買取処分は、国家が権力的手段を以て農地の強制買上を行うものであって、対等の関係にある私人相互の経済取引を本旨とする民法上の売買とは、その本質を異にするものである」ことを理由として、民法177条の適用を否定した。他方、最判昭和31・4・24（民集10巻4号417頁）は、「滞納者の財産を差し押えた国の地位は、あたかも、民事訴訟法上の強制執行における差押債権者の地位に類するものであり、租税債権がたまたま公法上のものであることは、この関係において、国が一般私法上の債権者より不利益の取扱を受ける理由となるものではない」として、滞納処分による差押えについて民法177条の適用がある旨を判示した。

これらの判例との関係において、本稿の扱っている国から市町村になされる譲与に関しては、広義の行政内部における手続として、機能管理を担ってきた市町村への譲与の形式が用いられたものであって、私人との関係においては、「国と譲与を受けた市町村」とは、いわば一体的な関係³⁵⁾にあるといってもよいと思われる。そこには、民法177条の想定するような「取引」が実質的にあったわけではない。そもそも民法177条の適用はないとする考え方が成り立つ可能性が十分にあるといわなければならない。

また、民法学の細部に立ち入ることはできないが、いわゆる類型説にあっては、二重譲渡型と境界紛争型とに分けて、後者の場合には登記が不要とされる³⁶⁾。国

35) 「一体的な関係」は、「登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない」ことの論拠とされることがあるが、その場合は、民法177条の適用を肯定したうえで、対抗要件を備えていない旨の抗弁を排除するための判断要素である。

36) 星野英一「取得時効と登記」同『民法論集4巻』（有斐閣、昭和53年）316頁以下、山田卓生「取得時効と登記」川島武宜先生還暦記念『民法学の現代的課題』（有斐閣、昭和47年）103頁以下、内田貴『民法I〔第4版〕総則・物権総論』（東京大学出版会、平成20年）453頁など。類型説に対する検討として、松久三四彦「取得時効と登記」鎌田薫ほか編『新不動産登記講座 総論II』（日本評論社、平成9年）123頁、137頁以下を挙げておく。

有財産の譲与があった後に、私人から時効による取得が主張される事例の多くは、境界紛争型である。類型説によって、登記がなくても時効取得を援用して所有権の取得を主張できるとすることも可能である³⁷⁾。

（2）民法 177 条の規定があると仮定した場合の処理

以上のような出発点の疑問をさておいて、民法 177 条の規定があったとした場合に、その先の扱いが、本稿において掲げた裁判例に違いが見られる。

地方分権一括法による法改正前においても、法定外公共物の機能管理は、地方自治法に基づき市町村の事務と解されていた。したがって、譲与は、従来からの機能管理の実態を変えることを意味するものではない³⁸⁾。市町村は、従来の機能管理に加えて、所有者となって、従来、国有財産法及び建設省所管国有財産管理規則の解釈により機関委任事務として都道府県が担っていた財産管理をも行うことになったのである。このことから、市町村は、機能管理を継続している限りにおいて、民法 177 条の適用において、正当な利益を有する第三者とはいえないように思われる。

国から譲与財産について時効取得者の請求を認容する裁判例は、市町村が時効取得者の登記の欠缺を主張することは信義誠実の原則に反するとしている。市町村が調査を怠ったことや国有地である旨を指摘しなかったことに着目して、信義誠実の原則を用いることには若干の躊躇を感じるものの、何らかの説明を要するとするならば、やはり、信義誠実の原則を用いざるを得ないのかもしれない。信義則違反を理由に背信的悪意者に該当するが故に正当な利益を有

37) 類型説に対して、「取得時効による物権変動を登記に反映させること」が望ましいとして、取得時効も民法 177 条の物権変動に該当するとする通説に賛成すると述べる見解（川井健『民法概論 2（物権）〔第 2 版〕』（有斐閣、平成 17 年）47 頁）があるが、この議論が未登記国有財産に当てはまるかどうか問題である。

38) 寶金敏明・前掲注 1)、217 頁。

する第三者に該当しないと判示した判例³⁹⁾があると同時に、最判平成10・2・13(民集52巻1号65頁)は、背信的悪意者に該当しなくても、「登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない」としている⁴⁰⁾。この判例に即して述べるならば、譲与を受けた時点において公共物の機能を喪失していることが明白であって、当該市町村が公共物としての機能を喪失していることを認識していたか、又は認識し得た場合には、当該市町村は、正当な利益を有する第三者に当たらないといってよい⁴¹⁾。それは、個別財産に着目したものでなくとも、一括譲与の中に機能喪失財産が含まれることがあり得ることを認識していた場合も同様である。

6 行政段階における取得時効財産の扱い

長期にわたり旧公共物を占有してきている者が何らかの理由により、時効による取得を主張したい場合に、その者は、まず、地方財務局、財務事務所等又

39) 実体上物権変動があつた事実を知る者において、物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、背信的悪意者として登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないから、民法177条にいう第三者に当たらないとするのが判例である(最判昭和31・4・24民集10巻4号417頁、最判昭和40・12・21民集19巻9号2221頁、最判昭和43・8・2民集22巻8号1571頁、最判昭和43・11・15民集22巻12号2671頁、最判昭和44・1・16民集23巻1号18頁)。

40) 具体の事案に関しては、「通行地役権(通行を目的とする地役権)の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠映を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である」と判断している。

41) これは、善意であっても保護に値しない者は「第三者」から排除できるとする「悪意・有過失者排除説(内田貴・前掲注21)、459頁)に一致する考え方である。

は市町村の役所・役場に出向いて、事実上の申立てをするであろう。そして、訴訟は、原告となる者にとってはもちろん、被告となる行政サイドにとっても、コストのかかることである。

そこで、事実上の申立てがあった場合における行政サイドの対応が重要である。

（1）取得時効確認申請に対する対応

財務省理財局は、「取得時効事務取扱要領」（平成 13・3・30 財理第 1268 号）によって、取得時効を援用しようとする者に対する行政レベルの事務の取扱いを示している。旧法定外公共物に限られない要領である。それによれば、取得時効を援用しようとする申請者がある場合においては、当該財産の所在地の財務局長等に、「国有財産取得時効確認申請書」を提出させることとされ、添付書類として、以下のものが掲げられている。

- ① 申請者が取得時効を援用する国有財産の登記事項証明書（旧法定外公共物の場合は、隣接土地の登記事項証明書）
- ② 申請財産を含む周辺の土地台帳付属地図又は不動産登記法 14 条に定める地図の写し
- ③ 申請者の住民票の写し又は印鑑証明
- ④ 申請財産の実測図（国土調査法に基づく地籍調査が実施されている場合においては、地籍図による求積図によることができる）
- ⑤ 隣接土地所有者が所有及び占有する土地でない旨及び境界について隣接土地所有者の異存がない旨を証する書面
- ⑥ 申請財産の沿革及び占有並びに利用状況を証する資料等。旧法定外公共物の場合においては、申請財産（周辺土地を含む）が自主占有開始時点で既に長年の間（おおむね 10 年前）公共の用に供されていないことを証する資料（例えば、航空写真（占有開始前及び占有開始後）、古老・精通者等の証言等）を合わせて提出されるものとする。
- ⑦ 申請財産上に建物がある場合においては、当該建物の不動産登記簿又は家屋台帳の謄本
- ⑧ 前主の占有を承継している場合においては、その事実を証する戸籍謄本（除籍謄本を含む。）又は契約書の写し等

⑨ その他財務局長等が必要と認める資料等。

この申請書を受け付けた場合に審査を行うことになるが、旧法定外公共物について取得時効が援用された場合の扱いについて、注形式で、最判昭和 51・12・24 の示した公共用財産の黙示の公用廃止の 4 要件を掲げている。

さらに、現地調査、国有財産時効確認連絡会への付議などについて示している。連絡会は、取得時効の成否を調査審議するため、財務局に設置されるもので、財務局長の要請により開催され、財務局長に時効確認申請のあった事案について、提出書類及び財務局長が調査及び収集した資料に基づき調査審議することとされている。連絡会の構成メンバーは、財務（支）局管財部長（又は沖縄総合事務局財務部長）及び法務局訟務部長である。

次いで、申請財産について取得時効の完成が認定された場合には、所定の様式により確認通知をし、取得時効の完成が否認された場合には、その旨を通知することとしている。

登記手続に関して、以下のように区分して扱うこととしている。

- ① 当該財産が国の名義で保存登記されている場合は、申請者に「所有権移転登記嘱託請求書」に登録免許税現金納付領収書及び住民票又は商業・法人の登記事項証明書添えて提出させ、登記原因を時効取得として所有権移転登記を行い、登記完了後に申請者に対し速やかに登記識別情報を通知すること。
- ② 当該財産が国の名義で保存登記されていないが表示登記されている場合は、国の名義で保存登記を行った上で①の手続を行うこと（ただし、取得時効の完成日以後に国の名義で表示登記されていた場合においては、不動産登記法 33 条の規定により、申請者において表示登記の更正登記及び保存登記を行わせること）。
- ③ 当該財産の表示登記が行われていない場合においては、直接、申請者において表示及び保存登記を行わせること。

以上の取扱要領は、累次の改正がなされ、平成 27 年にも改正されている。旧法定外公共物の扱いが依然として含まれているということは、理論上は、黙示の公用廃止の認められるべき土地を誤って市町村に譲与してしまった場合に

も当てはまりそうに思われる。

問題は、譲与対象土地に当該財産が誤って記載されているときに、当該財産につき「国有財産取得時効確認申請書」が提出された場合の扱いである。当該財産所在地の市町村が異存ない旨の書面（それは、前記の「財務局長等が必要と認める資料等」に当たるであろう）を出してくれるならばよいが、市町村が機能管理を怠っていたことを容易に認めるとは思われない。結果的に、行政段階において決着が付けられることは少ないものと推測される。そもそも、役所には、「国有財産取得時効確認申請書」の提出をさせないように窓口で門前払いにしようとする本能が働くことが多い。行政手続法や行政手続条例も適用されないので、このようなやり方は、法的に見ても咎められないと考えられているのかもしれない。しかし、同じ、行政の活動であるにもかかわらず、「私法の世界である」という理由で真摯な申請に対して誠実に対応しないことは、不法行為責任を生じさせる可能性がないとはいえない。

なお、財務局長等の処理業務に関しては、「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」（平成 18 年法律第 51 号）に基づき、財務省理財局は、公共サービス改革基本方針（平成 25 年 6 月 14 日閣議決定）別表において民間競争入札の対象として選定された財務局の普通財産の管理処分等業務⁴²⁾について、「財務局の普通財産の管理処分等業務における民間競争入札実施要項」に従い民間競争入札を実施することとしており、財務局長等の取得時効の処理業務についても民間に委託していることに注意したい。その業務内容は、以下のとおりである。

イ 「お知らせ」の作成及び送付に係る事務

42) 普通財産の管理処分等業務とは、旧里道・水路等の隣接土地所有者等への売払い等業務、相続税物納等により引き受けた借地権等の設定された土地等の従前からの使用者への貸付業務又は貸付中の財産の貸付料改定及び貸付契約更新業務、自己所有の財産等との誤信により使用が開始された誤信使用財産の現況や占使用者の調査業務等である。

ロ 現地調査等

(イ) 「取得時効事務取扱要領」通達第3の3の(2)に掲げる事項を確認するために国が具体的に指示する現地調査又は関係者からの証明等の徴求

(ロ) 取得時効事務取扱要領別紙第2号様式による「時効確認調査記録カード」の作成

ハ 取得時効の完成の認否に係る決議書の作成等事務

(イ) 決議書の作成

(ロ) 取得時効確認通知書の送付に係る事務

① 取得時効の完成が認定されたもの

取得時効事務取扱要領別紙第5号様式による通知

② 取得時効の完成が否認されたもの

取得時効事務取扱要領別紙第6号様式による通知

上記①、②に共通 登記手続書類の調製

以上のような民間事業者への委託は、取得時効の取扱いの本質を変えるものではないが、事業者に対して、委託事務の内容の説明を十分に行うことが課題となろう。

(2) 変更契約との関係

財務省は、「法定外公共物の譲与契約の取扱いについて」(平成22・5・21財理第2143号)により、市町村から譲与契約の一部変更契約を求められた場合には、市町村が譲与要件を満たしていない事実を明らかにする必要があるとし、一部変更契約を行う場合には、変更理由を十分に審査し適切に行うという基本的考え方の下に、機能喪失財産についても、一部変更契約の方針を示している。すなわち、財務局長等は、民有地又は他省庁所管財産等を誤って譲与していた事実が確認された場合は、一部変更契約を行うものとし、「市町村が譲与申請時に機能喪失していた財産(機能回復の可能性がなかった財産を含む。以下「機能喪失財産等」という。)を誤って申請し、財務局長等が譲与していた場合は、特定番号毎の財産を一物件として、以下の事項に留意の上、その妥当性につい

て審査し譲与契約の一部変更を行うものとする。」としている。

「審査基準」として、次のように示達している。

「機能喪失財産等を誤って市町村が譲与申請し、財務局長等が譲与していた場合は、市町村から提出された国有財産譲与契約の一部変更申請書及び添付資料により、以下の要件を確認するものとする。

イ 市町村が譲与申請時に譲与の要件を満たさなかった事実を明らかにしたこと。

ロ 一部変更申請財産（特定番号毎）について、譲与契約以降、訴訟係属、境界確定の協議又は財産の一部売却処分等を行っていないこと。

（注）上記ロの要件に該当しない財産については、譲与後の事情により、①所有者として訴訟係属中であること、②所有者として境界確定の協議を行っていること、また、当該財産の一部を用途廃止し売却処分等を行っていることなどから、市町村が譲与申請時において、機能を有すると判断し財産の譲与を受けたものとみなし、一部変更契約の対象財産とはならないことに留意。」

このような審査を経て一部変更契約が締結された場合には、当該変更部分の土地は譲与されなかったことになり、国（財務局長等）が管理することになる。取得時効との関係において重要な点は、市町村が所有者として私人の時効取得の申立てを認めようとしていない場合には、訴訟提起に至っていなくても、「機能を有すると判断し財産の譲与を受けたものと」みなすことである。市町村からの変更申請により財務局等が動くのであるから、財務局等としては、市町村が私人等との関係と矛盾する申請をすることを認めるわけにいかないということであろう。

このように変更契約の活用には、事実上のハードルがあるが、市町村の申請により実際に譲与が取り消される例も見られ⁴³⁾、結果的に、国との関係において占有者による時効取得が容易に認められることもあり得る。

43) 里道を鉄道会社が軌道敷として利用してきた場合について、広島市監査委員の措置要求
監査結果（広監第 65 号平成 24・4・2）を目にした。

(3) 払下げ優先の行政

変更契約は、市町村からの申請主義であるから、一括譲与の要件を満たしていなかった財産を市町村が私人等に売り払ってしまうことも起こりえる⁴⁴⁾。場合によっては、国有財産であった時点で時効取得の完成している土地についても、譲与を受けた市町村が占有者に対して買取りを求めるものもあるのが実態である⁴⁵⁾。

たとえば、横浜市は、払下げ申請や開発行為などの機会を捉えて隣接地所有者との問題を解決していく方針であるという⁴⁶⁾。その根拠にしているのは、道路法 10 条の「都道府県知事又は市町村長は、都道府県道又は市町村道について、一般通行の用に供する 必要がなくなったと認める場合においては、当該路線の全部又は一部を廃止することができる」旨の定めであり、運用の基準は、「横浜市道の認定、廃止及び区域変更基準」によっている。それによれば、廃止の対象とする公道は、(1) 交通の用に供されていない公道、(2) 公道移管

44) 本田博利「都市小河川（水路）の再生に向けて——分権時代の新たな条例づくり——」愛媛大学法文学部論集総合政策学科編 17 号 45 頁（平成 16 年）が、「今後は国から無償譲与を受けることにより、財産収入も期待できることとなった」（46 頁）と述べたことについて、『平成 27 年度八王子市包括外部監査の結果報告書』（前掲注 10）は、「本田氏が諸々の市町村担当者に話をきくうちに、市町村有地となる以上は（譲与を受けた機能喪失財産の売却を図れば）売却金は市町村の歳入になる、という当時の市町村内の雰囲気を反映してのもののだろうと考える」と述べている（27 頁）。八王子市は、一括譲与を受けた年から 3 年間、積極的な売却促進を図ったという（『平成 27 年度八王子市包括外部監査の結果報告書』（前掲注 10）47 頁～49 頁）。

45) 住民監査請求において管理を問題にされた旧公共物たる道路について、横浜市の関係職員は、道路形態も無く、ほとんどが斜面地であり、将来的に公道を復元整備することが極めて困難な状況で、その必要性も見込まれないことなど、「横浜市道の認定、廃止及び区域変更基準」の廃止基準に合致しているため、払下げによる解決を図ることとしている旨を言明している（平成 26・12・19 決定の住民監査請求の監査結果）。

46) 前記の横浜市民平成 26・12・19 決定の住民監査請求監査の結果を参照。

に伴う付替えにより不要となった公道、(3) 開発行為等で不要となった公道、(4) 道路管理者が路線整理を行う公道である（8 条）。また、廃止は、次の要件をすべて満たした公道としている（9 条）。

- (1) 道路管理者が周辺の道路状況を考慮して付替えを不要と判断した場合を除き、廃止する公道の機能が確保されること。
- (2) 将来的に公道の復元整備が見込まれないこと。
- (3) 廃止により袋地を生じさせないこと。ただし、当該土地の所有者等の本市が指定する利害関係人の承諾が得られる場合はこの限りでない。
- (4) 公道に占用物件がある場合は、その占用者との協議が整っていること。
- (5) 公道隣接地の土地所有者等の本市が指定する利害関係人が、当該公道の廃止に関して承諾していること。

横浜市は、一括譲与時点において、公共の用に供されていなかった土地であっても、譲与を受けたうえ、前記の要件を充足したものについては、払下げを希望する者からの「事前調査依頼書」の提出、現地調査、払下げにあたっての条件を明示した「横浜市道等払下げのための事前調査回答書」の送付、払下げを希望する者からの「隣接地所有者等承諾書」、「道水路等境界調査図謄本」などの提出といった手続を踏んで払下げを行うようである⁴⁷⁾。

同様の方針で臨んでいる市町村が少なくないとも推測される⁴⁸⁾。極めて狭

47) 前記の横浜市平成 26・12・19 決定の住民監査請求監査の結果を参照。

48) 岡崎市のホームページは、「機能の無くなった公共物は、隣接する土地の所有者に売り払いすることができます。」と述べ、その例として、「道路が整備され、公共物（古い赤線）が自分の土地のように使用されている。売払いにより土地の一体的利用が可能になります。」としている。東京都新宿区も、「法定外公共物のうち、宅地等の一部となっているなど現況において既に公共物としての機能を喪失し、将来の利用の見込みのないものについては、宅地等の所有者等から払い下げの申し出があった場合に、財産管理者であるみどり土木部長から総務部長に用途廃止協議を行う」とし、売払いを行うこととしているという（新宿区監査委員『平成 28 年度 行政監査結果報告書 法定外公共物（行政財産）の管理について』（平成 28 年 9 月）8 頁）。

小な土地とか斜面地のように低い評価額の土地の所有状態を確実にしたい者にとって、おそらく、時効取得を援用する訴訟を提起するよりも、行政段階で払下げによって解決の方が低いコストで済む場合が多いかもしれない。そうとすれば、市町村サイドも私人も、払下げ方式こそが円満な解決であるということと納得してしまう可能性もある。

かくて、法律論と実際の処理との乖離を生じて、そのことは、問題とされないのである。

7 おわりに

本稿は、法定外公共物の一括譲与の場面における私人による時効取得の問題を検討したものである⁴⁹⁾。最後に、本稿を草している間に抱くようになった感想を記して、本稿を閉じることにした。

第一に、財産管理行政に関する視点の交錯である。

財産管理行政に当たっては、私人同様の権利主体の立場に徹してよいとする視点である。この視点からは、行政機関は、私人との間に特別な関係が形成されている場合を除いては、表現が悪いが、私人同様に、いわば「保身的行動」をとっても咎められないことになりそうである。窓口到时効取得を主張している私人が訪れても、行政機関は直ちに現況確認をする必要はなく、当該私人が、その者の負担で証拠をもってきたときに、ゆっくり対応を検討すればよいと考えるかもしれない。相手方があきらめるのを待ってもよいのである。

49) 譲与前の法定外公共物は市町村の財産ではなかったもので、管理がいかに悪くても、住民が住民訴訟により争うことはできなかった。しかし、一括譲与を受けた後には、その管理が悪い場合に、怠る事実の違法確認を求める3号請求訴訟（請求認容の例として、さいたま地判平成20・1・30判例自治307号82頁）などが可能になった。このような住民訴訟は、自主占有者による取得時効の成立を阻止する機能を発揮する場合がある。

しかしながら、私人ないし市民の立場からすれば、市町村や財務局等の役所も、一面において「サービス行政」の側面を担っているはずである。行政機関は、私人からの質問等があった場合には、制度がどうなっているか等を含めて、丁寧に説明する必要がある。もしも時効取得が成立していると主張する者が窓口に現れたならば、それに誠実に対応することが求められる。その誠実な対応の中には、関係する担当者への連絡・確認も含まれるといつてよい。

この財産管理行政に関する対立する視点の中で、役所の担当者が前者の視点に立って臨むとするならば、私人が時効取得を現実のものにするまでには、金銭的のみならず、時間的、精神的に多大な負担を強いられるであろう。そのようなことでよいのか、「行政のあり方」として大いに問題がある。

第二に、本稿において扱った私人による時効取得の成否は、当然のことながら私法の世界の問題と考えられているにもかかわらず、私人相互間のそれと異なる観念の存在があるように思われる。私法の世界であれば、行政機関と私人とは対等である。しかしながら、実際には、私人に対して「申請書」なり「申立書」なりの提出を求め、それに対する「決定通知」などの文書が出される。そこには、何となく「行政機関の優越」の観念が漂っているように感じられてならない。

以上の二つの感想を踏まえて、訴訟の前における手続の整備が必要とされるように思われる。そして、本稿の扱った財産管理のみならず、むしろ頻繁に締結される補助金交付契約、調達契約等に関しても、このことが痛感される。

第三に、本稿のテーマに直接関係しないが、地方分権推進の観点からの法定外公共物の一括譲与事務に、それまで機関委任事務として財産管理事務を担当してきた都道府県知事及びその指揮下にある職員が、法定受託事務として巻き込まれざるを得なかったことは⁵⁰⁾、皮肉というほかはない。

50) 公共用財産管理研究会編・前掲注 6)、175 頁以下には、福島県土木部用地課の作成した「地方分権の推進に伴う国有財産譲与事務の手引き（市町村用）」が採録されている。