

国有財産訴訟の手引

(第 3 版)

は し が き (第3版)

国有財産訴訟の手引(第2版)を作成してから4年が経過したが、その間、いわゆる地方分権一括整備法の施行による法定外公共用物の市町村への譲与手続が一部の財産を除き終了し、市町村に譲与済みの財産について、訴訟の実施請求もされている。

また、行政上の義務の履行を求める民事訴訟に関して重要な判例も出された。

そこで、これらの点を中心として修正、加筆したものである。

平成18年3月

法務省大臣官房財産訟務管理官

は し が き (第2版)

国有財産訴訟の手引を作成してからわずか3年しか経っていないが、その間、平成12年4月からいわゆる地方分権一括整備法が施行され、機関委任事務が廃止され新たに自治事務と法定受託事務に再構成されることになり、また、平成13年1月には中央省庁の再編がされた。

そこで、これらの点を中心として修正、加筆したものである。

平成14年3月

法務省大臣官房財産訟務管理官

は し が き

国有財産訴訟は、いわゆる事務官主任事件として、上席訟務官あるいは訟務官が中心となってその処理を担当しているところであるが、法律上・立証上において疑義を生じることが少なくない。

そこで、本書は、国有財産訴訟に関する法律上・立証上の問題点について、実務的観点から、訟務初心者にも分かり易いように一問一答形式でもって解説をしたものである。

本書を既刊の「国有財産訴訟事務提要」(訟務資料428-406)等とともに今後の執務の参考資料として役立てていただければ幸いである。

平成11年3月

法務省訟務局民事訟務課

凡 例

1 本書で用いた判例集等の略語は、次のとおりである。

(1) 判例集・雑誌

民録	大審院民事判決録
民集	最高裁判所民事判例集
集民	最高裁判所裁判集民事
行集	行政事件裁判例集
高民集	高等裁判所民事判例集
下級民集	下級裁判所民事裁判例集
訟月	訟務月報
判時	判例時報
判夕	判例タイムズ
民研	民事研修

(2) 文献

訟務局編・概要	訟務局編・国有財産訴訟事務提要
中野編・国財実務	中野哲弘編・国有財産訴訟の実務
藤田編・不動産実務	藤田耕三ほか編・不動産訴訟の実務 6 訂版
資金・新訂版里道	資金敏明・新訂版里道・水路・海浜—長狭物の所有と管理—
石川・諸問題	石川和雄・官民境界確定訴訟における実務上の諸問題（法務研究報告書第77集第5号）
建部編・国財法精解	建部和仁編・国有財産法精解平成6年改訂版
財管研究会編・公共用財産手引	建設省財産管理研究会編・公共用財産管理の手引第2次改訂版

(3) 法令

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（平成11年法律第87号） 地方分権一括整備法
国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律（昭和22年法律第194号） 権限法

2 裁判例について、括弧書き及び注において記載する場合は、次の例により略記した。

最判（二小）昭57.3.12民集36巻3号329頁
東京高判昭63.2.25訟月34巻10号1997頁

国有財産訴訟の手引

総目次

第1章 国有財産の意義と種類	1
第1 総説	1
第2 法定外公共用物	9
第2章 国有財産に関する訴訟	27
第3章 国有財産の形成	35
第1 総説	35
第2 社寺領	58
第3 入会権	63
第4章 国有財産訴訟と地図・図面	69
第5章 国有財産の取得	87
第1 契約による取得	87
第2 法令に基づく取得	102
第3 その他	120
第6章 国有財産の喪失	131
第1 国有財産の売払い	131
第2 その他の原因による喪失	141
第7章 境界確定の訴え	165
第1 境界査定と境界確定協議	165
第2 境界確定の訴え	180
第3 筆界特定制度	210
第8章 国有財産の不法占拠をめぐる訴訟	215
第1 総説	215
第2 所有権に基づく明渡請求	217
第3 占有権に基づく明渡請求等	251

第4 行政上の義務の履行を求める民事訴訟	254
第5 行政代執行	258
第6 保全処分	274
第7 強制執行	276
第8 費用	279
第9章 地方分権一括整備法施行と国有財産	283
裁判例年月日別索引	
事項索引	

細 目 次

第1章 国有財産の意義と種類	1
第1 総 説	1
問1 国有財産とは何か	1
問2 国有財産の分類及び種類とその管理機関	1
問3 行政財産と普通財産にはどのような差異があるか	4
問4 準行政財産とは何か	5
問5 国有財産の管理に関する法令にはどのようなものがあるか	7
第2 法定外公共用物	9
問6 法定外公共用物とは何か	9
問7 法定外公共用物はどのように管理をするか	11
問8 里道、二線引畦畔とはどのようなものか	14
問9 海底の地盤は「土地」であるか	14
問10 海浜地とは何か	21
問11 普通河川とは何か	22
問12 湖沼・ため池は国有財産か	23
第2章 国有財産に関する訴訟	27
問13 国有財産に関する訴訟にはどのような種類があるか	27
問14 国有財産訴訟において国が訴訟告知を受けるのはどのような 場合か	28
問15 国が原告となる訴訟において留意すべき事項は何か	29
問16 国が被告となる訴訟において留意すべき事項は何か	31
第3章 国有財産の形成	35
第1 総 説	35
問17 我が国において、国有地はどのようにして形成されたか	35
問18 近世における我が国の土地支配の形態は、どのようなもので あったか	35

問19 我が国における近代的土地所有権は、いつ、どのようにして 確立したか	36
問20 地租改正事業は、どのように行われたか	40
問21 壬申地券とは何か	42
問22 地租改正事業の実施状況は、郡村耕宅地、市街地、山林・ 原野で、それぞれどのような特色があったか	44
問23 改正地券とは何か	47
問24 下戻処分とはどのようなもので、その法的性質はどのように 解されているか	48
問25 三田用水事件とはどういう事件か	49
問26 官民有区分、下戻処分及び下戻不許可処分が無効とされる場 合はあるか	51
問27 公図上無番地の土地は国有地か	53
問28 脱落地及び未定地は国有地か	56
第2 社寺領	58
問29 近世における社寺領（寺社領）とは何か	58
問30 社寺領は、どのようにして国有地に編入されたか	59
第3 入会権	63
問31 入会権とはどのような権利か	63
問32 入会権が認められるのはどのような場合か	65
第4章 国有財産訴訟と地図・図面	69
問33 登記所備付け図面の種類とその性質はどのようなものか	69
問34 公図とは何か	72
問35 公図の縄延び・縄縮みとはどのようなものか	73
問36 裁判例における公図の評価はどのようなものか	77
問37 公図がなく、道路の現況をとどめない里道を特定するにはど のようにすればよいか	80
問38 地主等が所有している古地図・土地宝典等の図面はどのよう に評価したらよいか	81

問39 国土調査法による地籍図の作成方法と精度はどのようなものか	82
第5章 国有財産の取得	87
第1 契約による取得	87
問40 契約により国が財産を取得する場合としてはどのようなもの があるか	87
問41 交換によって国有財産を取得することができるのはどのよう な場合か	90
問42 会計法に定める契約書作成の法的性格はどのように解されて いるか	93
問43 買収予定地の共有者の一部が居所不明の場合、用地取得のた めにはどのような方法があるか	94
問44 国が買収した土地につき所有権移転登記未了のまま売主が死 亡し、その相続人の居所が不明な場合、所有権移転登記をす るにはどのような方法があるか	95
問45 契約による国有財産の取得について争われるものはどのよう なものがあるか	97
第2 法令に基づく取得	102
問46 法令の規定により国が財産を取得する場合としてどのような ものがあるか	102
問47 国による不動産の時効取得が認められる場合があるか	102
問48 相続税法上の物納許可を受けた財産が国庫に帰属する時期は いつか	107
問49 相続人が不存在の場合に遺産を国庫に帰属させる手続はどの ようなものか	109
問50 解散した公益法人の残余財産は、どのような場合に国庫に帰 属するか	113
問51 無主の不動産であるとして国庫に帰属するのはどのような場合か	114
問52 河川法施行法4条による河川敷地の国庫帰属とはどのような ものか	115

問53 刑事手続による没収された財産が国庫に帰属するのはいつか	117
第3 その他	120
問54 無願埋立地の所有権はどうなるか	120
問55 寄洲の所有権はだれに帰属するか	123
問56 海面下の地盤が隆起して陸地化した場合に、その所有権はだれに帰属するか	125
問57 国有財産を取得する事務を所管する国の機関はどこか	127
問58 国が土地を取得しようとする際に財務大臣への協議が必要とされるのはどのような場合か	128
第6章 国有財産の喪失	131
第1 国有財産の売払い	131
問59 国有財産は売り払うことができるか	131
問60 国有財産の売払いに関する事務を所管する国の機関はどこか	132
問61 国有財産の売払いの法的性質はどのように解されているか	134
問62 国有財産の売払いの効力が生じる時期はいつか	136
問63 国有財産の売払いが無効又は解除されるのはどのような場合か	137
問64 指定代理人が国有財産の売払いを内容とする裁判上の和解をすることはできるか	139
第2 その他の原因による喪失	141
問65 国有地は時効取得の対象となるか	141
問66 公共用財産について、黙示の公用廃止が認められるのはどのような場合か	142
問67 公共用財産について黙示の公用廃止が認められるための4要件は、いつまでに充足すればよいのか	144
問68 公共用財産の時効取得を原因とする所有権確認訴訟の請求原因・抗弁等と立証責任	145
問69 公共用財産を占有している者に所有の意思がないとされるのはどのような場合か	147
問70 「他主占有権原」の主張・立証はどのようにするか	149

問71 「他主占有事情」の主張・立証はどのようにするか	151
問72 被相続人が所有の意思なく占有していた場合に相続人が所有の意思をもって占有を開始すれば自主占有となるか	154
問73 公共用財産を占有している者が、時効援用権を喪失し、あるいは時効利益の放棄をしたとされるのはどのような場合か	157
問74 国有地を時効取得した場合の課税関係はどうなるか	160
問75 国有財産の譲与	162
問76 水没した土地は当然に民法上の土地性を喪失するか	163
第7章 境界確定の訴え	165
第1 境界査定と境界確定協議	165
問77 「境界」とは何か	165
問78 国有地と民有地との境界確定の方法にはどのようなものがあるか	166
問79 境界査定とはどのようなものか	169
問80 国有財産法の規定に基づく境界確定協議とは何か	171
問81 国有地の境界確定協議の手続はどのようにするか	173
問82 国と隣接地所有者との間で成立した境界確定協議の効力は、対側地所有者ないしその特定承継人に及ぶか	175
問83 国と隣接地所有者との間で成立した境界確定協議の効力は、隣接地所有者の特定承継人に及ぶか	176
問84 境界確定協議成立後に、要素の錯誤（民法95条）があったことを理由に協議の無効を主張することができるか	178
第2 境界確定の訴え	180
問85 境界確定訴訟の法的性質はどのように解されているか	180
問86 国が境界確定訴訟の当事者となる場合の留意点は何か	181
問87 境界確定訴訟における当事者適格	183
問88 相隣接している土地の所有者でない者が、債権者代位権を根拠として当該土地と隣接地の境界確定請求訴訟を提起できるか	186
問89 三筆の土地が一点で接する場合の境界確定の訴えは、だれを当事者とすべきか	189

問90	境界の一部についての境界確定の訴えは許されるか	190
問91	原・被告主張の境界線が一致する場合、境界確定を求める訴えの利益はあるか	193
問92	里道と民有地との境界確定訴訟において、里道の対側地所有者に対して訴訟告知をすべきか	197
問93	無断で宅地造成したことにより地図混乱地域となり、真実の里道の位置が不明となった場合の境界確定訴訟における対応はどのようにしたらよいか	200
問94	境界確定訴訟において和解ができるか	204
問95	境界確定訴訟における境界線の立証方法にはどのようなものがあるか	206
第3	筆界特定制度	210
問96	土地の筆界特定制度とはどのようなものか	210
問97	特定された筆界に係る境界確定訴訟において、当該筆界特定に係る筆界はどのように取り扱われるか	212
第8章	国有財産の不法占拠をめぐる訴訟	215
第1	総説	215
問98	国有財産の不法占拠に対して国が採り得る法的措置にはどのようなものがあるか	215
第2	所有権に基づく明渡請求	217
問99	国有建物の不法占拠者に対し明渡訴訟を提起する場合、当該建物の占有者が次々と入れ替わり、相手方を特定することができないときにはどのような方法をとることができるか	217
問100	固定資産評価額が定められていない土地の不法占拠者に対する明渡訴訟における訴訟の目的の価額の算定はどのようにするか	218
問101	国有財産法18条3項に基づく国の庁舎等の使用許可期間経過後の再度の使用許可を拒否した場合、損失補償が必要とされ、あるいは拒否が許されないことがあるか	221

問102	国家公務員が身分喪失後も引き続き国家公務員宿舎を占拠している場合に明渡しを求めることができるか	224
問103	二級河川の河川区域内の国有地に居宅を建築している不法占拠者に対する法的措置にはどのようなものがあるか	225
問104	里道の通行権を根拠に、私人は、里道上のブロック塀設置者に対し、その撤去の請求ができるか	230
問105	一般海域に無断で設置された栈橋又は浮栈橋の撤去を求める方法があるか	231
問106	隣接地と境界紛争のある海浜地の不法占拠者に対する明渡請求の方法	232
問107	国有林を自己のものと主張して、地上の立木を伐採取去した者への対応はどのようにしたらよいか	234
問108	一級河川と一般国道の兼用工作物である堤防法面（本件土地）の不法占拠者に対して土地明渡訴訟を提起中に、同人が係争地に雑木を植樹した場合の対応方法	236
問109	道路の不法占用物件の所有者に対して、道路敷地所有者である国は、損害又は損失を受けたとして損害賠償又は不当利得返還を求めることができるか	238
問110	河川敷に無断で建物を建築している者に対して、河川敷地所有者である国が損害賠償を求める場合の金額はどのように算定されるか	241
問111	工作物取去・土地明渡訴訟の訴訟代理人のいない被告に対する訴状及び期日呼出状の不送達が続く場合の対応方法にはどのようなものがあるか	244
問112	国有地の占有権原がないのに、無断で建物を建築し不法占拠している者がいるが、当該建物の登記名義人と実質的所有者が一致しない場合、だれを相手に明渡しを求めることになるか	247
第3	占有権に基づく明渡請求等	251
問113	市町村は、法定外公共用物の不法占拠者に対し、占有権に基づく明渡請求をすることができるか	251

第4 行政上の義務の履行を求める民事訴訟	254
問114 国は、民事手続で行政上の義務の履行を求めることができるか	254
第5 行政代執行	258
問115 行政代執行の要件は何か	258
問116 法定外公共用物について、いわゆる「一条法律」を根拠に行 政代執行が可能か	263
問117 道路法上の道路占用許可を受けることなく路上の電柱等に添加さ れた放送線を除去する方法としてはどのようなものがあるか	266
問118 放置自転車を撤去するにはどのような方法があるか	268
第6 保全処分	274
問119 国有財産に関する断行の仮処分が認められたものは、どのよ うなものがあるか	274
第7 強制執行	276
問120 大量の自動車のスクラップを山積みしている不法占拠者に対 する土地明渡しの執行方法はどのようにすればよいか	276
問121 建物の一部収去の代替執行が、技術的に困難で莫大な費用を 要するときはどうすればよいか	277
第8 費用	279
問122 不法占拠者に対する保全処分、訴訟、強制執行を実施するた めに必要な費用にはどのようなものがあるか	279
第9章 地方分権一括整備法施行と国有財産	283
問123 地方分権一括整備法施行により、公共用物に係る財産管理・ 機能管理は法律上どのように位置づけされるか	283
問124 譲与対象となる法定外公共用物はどのようなものか	286
問125 法定外公共用物である里道、水路のうち、平成17年3月31日 までに市町村に譲与されなかったものは、同年4月1日付け をもってすべて一括用途廃止されたか	287
問126 地方分権一括整備法施行により、法定外公共用物たる国有海 浜地の取扱いについては、どのようなになったか	290

問127 地方分権一括整備法施行により、法定外公共用物に係る国有 財産の訴訟はどのようなになったか	292
問128 法定外公共用物が市町村へ譲与された後、被告を国として訴 訟が提起された場合、国は当事者適格を有しないとして却下 を求めることになるか	294
問129 法定外公共用物に関する境界確定訴訟について、譲与を受け た市町村から権限法7条の実施請求があった場合は、どのよう に対応するか	297

第 1 章

国有財産の意義と種類

第1章 国有財産の意義と種類

第1 総説

問1 国有財産とは何か

答 広義では、国が所有する財産、又は使用収益に関する権原が国に帰属する一切の財産権を意味し、狭義では、国有財産法の対象となる財産を意味する。

解説 国有財産は、広義でいえば、国が所有する財産、又は使用収益に関する権原が国に帰属する一切の財産権である。この「広義の国有財産」のうち、机やパソコンなどの一般の動産については物品管理法が、国の金銭債権については国の債権の管理等に関する法律が規律しているが、不動産など比較的価値の高い国有財産の管理及び処分については、国有財産法によって規律されている。

この国有財産法の対象となる国有財産を「狭義における国有財産」と称している。国有財産法の対象となる国有財産は、同法2条及び43条に限定列挙されている。

<参考文献>

○建部編・国財法精解2頁

問2 国有財産の分類及び種類とその管理機関

答 国有財産は、各省各庁の長が管理する行政財産と財務大臣が管理する普通財産に分類される。また、行政財産は、公用財産、公共用財産、皇室用財産及び企業用財産に分かれる。

解説 国有財産は、それが国の庁舎や施設等のように国の行政目的に直

接供用される「行政財産」とそれ以外の「普通財産」に分類される（国有財産法3条1項）。各省各庁の長は、その所管に属する行政財産を管理しなければならない（同法5条）、また、普通財産は、財務大臣が、これを管理し、又は処分しなければならない（同法6条）。

なお、行政財産は、その用途ないし目的に応じて、次の4種類に分かれる（国有財産法3条2項）。

① 公用財産

国において国の事務、事業又はその職員の住居の用に供し、又は供すると決定したものである。公用財産の主なものは、官庁の庁舎及び公務員宿舍並びにそれらの敷地などである。

② 公共用財産

国において直接公共の用に供し、又は供すると決定したものである。その主なものと管理機関は、道路、河川、昭和記念公園等の国営公園（以上、国土交通大臣）、海浜地（農林水産大臣及び国土交通大臣）、土地改良財産、漁港財産（以上、農林水産大臣）、皇居外苑等の国民公園（環境大臣）などである。

さらに、公共用財産は、道路法・河川法等の個別の公物管理法（問5参照）が適用される法定公共用物とそれが適用されない法定外公共用物に分かれる（問6参照）が、法定外公共用物については、平成12年4月1日に施行された地方分権一括整備法113条により国有財産特別措置法の一部が改正され、同法5条1項5号で、現に公共の用に供している道路、河川等のうち道路法、河川法等の公物管理法の適用若しくは準用のない公共用物で、その地盤が国土交通省（旧建設省）所管の国有財産となっているものについては、その財産を市町村（都の特別区の区域内にあっては、当該特別区とする。）に譲与することができることとなった。

地方分権一括整備法施行前における法定外公共用物の財産管理は、旧建設省が所管し、実際の財産管理は、機関委任事務として国有財産部局長である都道府県知事が行い、機能管理は、市町村が行っていたが、地方分権一括整備法施行後、国から譲与を受けた法定外公共用物については、機能

管理・財産管理のいずれも市町村が行うこととなった。ただし、道路、河川等の機能を喪失し、国から市町村に譲与されなかったものについては、国において直接管理を行うこととなった（問7参照）。

国から市町村への譲与の期限は、地方分権一括整備法施行の日から5年以内（平成17年3月31日まで）とされ、譲与されるまでの間の財産管理は、都道府県が暫定的に法定受託事務として行い、機能管理は従前どおり、市町村が行うこととされた（ただし、平成17年3月17日付け国官会第1906号国土交通省大臣官房長通達「法定外公共物に係る一括用途廃止に関する取扱いについて」により、譲与期限内（平成17年3月31日）に手続が終了しない市町村については、平成18年度末までに譲与手続を完了し、譲与手続が完了次第、機能喪失財産について一括用途廃止を行うこととされた。）。

なお、機能管理は、以上のとおり、地方分権一括整備法施行前後を通じて、市町村が行うことには変わりはないが、施行前は、市町村が機能管理を行うことについて明確な法的根拠がなかったのに対し、施行後は、地方自治法2条8項に定める自治事務という法的根拠をもって機能管理を行うこととなった。

また、市町村に譲与されなかった財産については、原則として一括して用途廃止され財務省所管の普通財産となったため、その管理は国（財務省）の直接執行事務となった。

地方分権一括整備法と国有財産については第9章参照。

③ 皇室用財産

国において皇室の用に供し、又は供するものと決定したものであり、例えば、皇居の敷地及び建物などである。これらの皇室用財産の管理機関は内閣総理大臣（宮内庁法2条14号）である。

④ 企業用財産

国において国の企業又はその企業に従事する職員の住居の用に供し、又は供するものと決定したものであり、例えば、国有林野事業施設（管理機関は農林水産大臣）である。

<参考文献>

○建部編・国財法精解51頁，建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公
共物15頁，21頁，63頁，116頁，137頁

問3 行政財産と普通財産にはどのような差異があるか

答 行政財産は，国が直接行政目的に供用する財産であって，いわゆる国
有の公物であり，その物の上の私権が否定され又は制限される（公物の不融
通性）のに対し，普通財産は，いわゆる国有の私物であって，行政財産のよ
うな制限はなく，その管理及び処分は私法行為によって行われる。

解説

1 行政財産

行政財産は，国が直接行政目的に供用する財産である。

行政財産は，その使用価値に基づいてそれ自体が直接的に行政目的に供
用される。すなわち，公用財産である庁舎や公共用財産である道路等は，
庁舎や道路として使用するために国が所有しているのである。行政財産
は，国の各般の行政目的を達成するための物的手段であるという性質にか
んがみ，行政事務を分担管理する各省各庁の長に管理権が与えられている
（国有財産法5条）。

また，行政財産は，直接行政目的に供用されることから，国有の公物で
ある。公物は，公の目的に供用される物であることから，その公共的機能
を十分に果たさせるために，公の目的を達成させるために必要な限度にお
いて，その物の上の私権が否定され又は制限される（公物の不融通性）。

したがって，行政財産については，原則として処分が禁止され（同法18
条1項本文），目的外使用についても，行政処分たる許可によるべきこと
とされ（同条3項），その場合，借地借家法の適用はない（同条5項）。た
だし，後述3のとおり，例外がある。

2 普通財産

普通財産は，行政財産以外の一切の国有財産であるが（国有財産法3条
3項），その資本価値又は経済的価値に基づいて間接的に行政目的に供さ
れる。すなわち，普通財産は，一般的に売払い，貸付け等によって財政収
入となり得るものであり，そのため，国家財政を所掌する財務大臣が集中
的・統一的にこれを管理及び処分することとされている（同法6条）。

また，普通財産は，いわゆる国有の私物であって，行政財産のような制
限はなく，その管理及び処分は私法行為によって行われる（同法20条1
項）。

3 国有林野

国有林野は，行政財産たる企業用財産に分類されるが，国有林野法を
もって国有財産法に対する特例が設けられている。例えば，企業用財産で
ある国有林野の使用収益については，行政処分たる許可によってこれを認
める場合のほかに，私法上の契約によってこれを認めることができるもの
とし，国有林野の管理経営に関する法律（いわゆる国有林野法）7条（国
有林野の貸付け，売払い等），9条（分収造林契約の締結），17条の2（分
収育林契約の締結）及び18条（共用林野の設定）の規定が，国有財産法18
条の特則として設けられている。これは，国有林野は，その成立の沿革及
びその所在地における地元との特殊な社会的，経済的事情等から，企業用
財産であっても地元住民等に使用収益させることが必要であり，かつ，地
元住民の協力の必要性も強いものであるため，その使用収益を公法関係と
し難いものがあるからである（建部編・国財法精解334頁）。

<参考文献>

○建部編・国財法精解13頁，334頁

問4 準行政財産とは何か

答 準行政財産は，普通財産の中でも行政財産に準ずる性質を有するもの
であり，出資財産，提供財産，準公用財産及び準公共用財産に分けられる。

解説 準行政財産は、普通財産の中でも行政財産に準ずる性質を有するものであり、通常の普通財産のように自由に処分することは許されず、また、その管理も収益性よりその財産の性格に基づく適正な管理が必要とされるものを指す。準行政財産は次の4つに分けられる。

① 出資財産

出資財産とは、国が何らかの政策目的を達成するために特別の法律の規定に基づいて行った現金出資又は現物出資により取得した財産であり、例えば、日本銀行出資証券等である。これらは、広い意味での国の業務を特定の法人を通じて実現するために取得したものであり、必ずしも利益配当請求権等の財産的権利の保持を目的とするものではなく、資産的性格をもつ一般の普通財産とは著しく性格が異なるから、普通財産の一種ではあるものの、普通財産の管理及び処分に関する国有財産法21条以下の規定の適用はないと解されている。

② 提供財産

提供財産とは、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う国有の財産の管理に関する法律」2条の規定により、アメリカ合衆国又は国際連合の軍隊の用に無償で供する普通財産である。これらの財産は我が国自身が使用するわけではないので公用財産には該当しないとされている。具体的には、これらの軍隊の使用するキャンプ、飛行場、港湾施設、物資集積所、演習場等がこれに当たる。条約上の提供義務がある限りその処分ということは考えられず、他の普通財産とは性質を異にすることになる。なお、アメリカ合衆国又は国際連合の軍隊の用に供されている土地の中には、提供財産たる国有地の外に、国が賃借している民有地や公有地もある。

③ 準公用財産

準公用財産とは、普通財産のまま国において暫定的に行政目的に利用している財産である。例えば、庁舎を取り壊して新庁舎を新築する期間中、普通財産を仮庁舎として利用する場合や所管換を前提としてそれ以前に当

該財産を暫定的に利用する場合がこれに当たる。このように行政目的に利用される期間が短期間で臨時的な場合又はその利用が暫定的な場合は、特に行政財産とする必要はなく、普通財産のままで各省各庁の長に使用させるべきものとされている（普通財産取扱規則32条参照）。

④ 準公共用財産

準公共用財産とは、地方公共団体において公共の用に供するため、国が当該団体に対して無償貸付けをしている普通財産である。例えば、国有財産法22条の規定により緑地、公園、ため池等に、都市公園法附則9項の規定により都市公園に、道路法90条2項の規定により都道府県道及び市町村道の用等に供している普通財産である。このような用途に供する場合は、地方公共団体に対して譲与することが認められる場合もあるが（道路法90条2項）、無償貸付けの方法が採られて、なお所有権が国にある場合に準公共用財産となるものである。

<参考文献>

○建部編・国財法精解57頁，64頁

問5 国有財産の管理に関する法令にはどのようなものがあるか

答 広義の国有財産の管理に関する法令としては、財政法、会計法、物品管理法、国の債権の管理等に関する法律、国有財産法があり、このうち、国有財産法は、国有財産の管理及び処分に関する基本法であり、その特別法として、道路法、河川法等がある。

解説 広義の国有財産（問1参照）の管理については、まず、国の予算その他財政の基本に関する事項を規定する「財政法」が、9条1項において、「国の財産は、法律に基づく場合を除く外、これを交換しその他支払手段として使用し、又は適正な対価なくしてこれを譲渡し若しくは貸し付けてはならない。」と規定し、同条2項において、「国の財産は、常に良好の状態においてこれを管理し、その所有の目的に応じて、最も効率的に、これを運用し

なければならない。」と規定している。この財政法の下で、国の財政管理作用すなわち会計に関する法体系の一環として、現金の管理等については「会計法」が、物品（現金などを除く動産）の管理等については「物品管理法」が、国の金銭債権の管理等については「国の債権の管理等に関する法律」が、不動産の管理等については「国有財産法」がそれぞれ所要の規定をおいている。

このうち、国有財産法は、国有財産の管理及び処分に関する基本法であるが、その特別法としては、国有財産特別措置法、旧軍港市転換法、北海道国有未開地処分法、国の庁舎等の使用調整等に関する特別措置法、国有林野の管理経営に関する法律、国家公務員宿舍法、空港整備法、道路法、河川法、下水道法、海岸法、文化財保護法、土地改良法、都市再開発法等がある。このうち、道路法、河川法、下水道法、海岸法等は、公物である道路、河川、下水道、海岸等の機能管理に関する特別法であるため、公物管理法と呼ばれる。

<参考文献>

○建部編・国財法精解7頁、資金・新訂版里道19頁

第2 法定外公共用物

問6 法定外公共用物とは何か

答 法定外公共用物とは、広義では、道路、河川、公園、海浜地、寄洲、用悪水路、ため池、海等の公共用物のうち、道路法、河川法、下水道法、海岸法等の機能管理に関する特別法の適用や準用を受けないものを意味するが、狭義では、そのうちの地盤が国土交通省(旧建設省)所管の国有地であるもののみを意味する。ただし、狭義の法定外公共用物のうち、現に公共の用に供しているものは、地方分権一括整備法施行後、国から市町村に譲与されている。

法定外公共用財産は、通常、狭義の法定外公共用物と同じ意味で使われている。

解説

1 広義の法定外公共用物について

公物とは、道路、河川、港湾、公園、公立病院の建物等のように、行政主体によって直接に公の目的に供される個々の有体物を意味する。公物は、公の目的に供用される物であることから、その公共的機能を十分に果たさせるために、公の目的を達成させるために必要な限度において、その物の上の私権が否定され又は制限される(問3参照)。

公物は、国又は公共団体自身の公用に供される「公用物」と直接に一般公衆の用に供される「公共用物」に分かれる。官公署、官公立学校などの建物施設等は「公用物」に該当し、道路、河川、公園、海浜地、寄洲、用悪水路、ため池、海等が「公共用物」に該当する。国有の公用物が公用財産(国有財産法3条2項1号)であり、国有の公共用物が公共用財産(同項2号)である。

公共用物のうち、道路法、河川法、下水道法、海岸法等の機能管理に関する特別法の適用や準用を受けないものを広義の法定外公共用物という。

2 狭義の法定外公共用物及び法定外公共用財産

広義の法定外公共用物のうち、その地盤が国土交通省(旧建設省)所管の行政財産であるものを狭義の法定外公共用物という。狭義の法定外公共用物は、法定外公共用財産と呼ばれることもある。両者は、通常同じ意味で使われている。ただし、厳密に言えば、法定外公共用財産は、私的所有権の対象となる地盤の土地それ自体を指すのに対し、狭義の法定外公共用物は、土地のみならずそれと一体となって効用を発揮している付加物や流水などとの統合体を指す。

狭義の法定外公共用物は、平成12年4月1日に施行された地方分権一括整備法113条により国有財産特別措置法の一部が改正され、同法5条1項5号で、現に公共の用に供している道路、河川等については、市町村に譲与することとなり、道路、河川等の機能を喪失し、市町村に譲与がされなかったものについては、一括して用途廃止を行い、普通財産として国(財務省)において直接管理を行うこととなった。

なお、漁港区域内に存在していた旧建設省所管の海浜地等(里道・水路を含む。)は、昭和44年8月1日に旧建設省から農林水産省に、港湾隣接区域内に存在していた海浜地等(里道・水路を含む。)は、昭和44年12月27日に旧建設省から旧運輸省に所管換されたものとして、それぞれ取り扱うこととされた。

3 法定外公共用物と法定外公共物

実務上、法定外公共用物と同じ意味で法定外公共物という用語が使用されることがある。例えば、財管研究会編・公共用財産手引の副題は、「いわゆる法定外公共物」と記載されている。

この「公共物」という用語は、昭和28年改正前の国有財産法15条に規定されていた用語であるが、最近では、文献上は「法定外公共用物」という用語が使われることが多い。

<参考文献>

○資金・新訂版里道3頁、財管研究会編・公共用財産手引2頁、建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物53頁、94頁

問7 法定外公共用物はどのように管理をするか

答 地方分権一括整備法施行前は、財産管理は旧建設大臣が所管し、実際は、機関委任事務として国有財産部局長である都道府県知事が行い、機能管理は市町村が行っていた。

地方分権一括整備法施行後は、国から市町村が譲与を受けるまでの間の財産管理は、都道府県が法定受託事務として行い、機能管理は、従前どおり市町村が行う。また、国から市町村が譲与を受けた後は、財産管理・機能管理のいずれも市町村が行う。

解説

1 財産管理と機能管理

(1) 地方分権一括整備法施行前

財産管理とは、法定外公共用物に対する所有者としての財貨的管理のことをいう。例えば、法定外公共用物と隣接する民有地との境界を確定する行為、すなわち国有財産法31条の3に定める境界確定協議はこれにあたる。法定外公共用物の財産管理は、旧建設大臣が所管していたが、実際の財産管理は、機関委任事務として国有財産部局長である都道府県知事が行っていた。

機能管理とは、公共用物としての機能を維持増進するための管理のことである。例えば、里道や普通河川の改修工事などがこれにあたる。この機能管理については、管理主体をだれと考えるべきかについて、次の2で述べるように学説・判例上で争いがあったが、行政解釈は、機能管理は、地方自治法2条2項の規定により、地方公共団体の固有の事務として、同条4項の規定により、原則として市町村がその行政区画内のものを管理する行政責任があると解し、実際上も市町村が機能管理を行っていた。

(2) 地方分権一括整備法施行後

地方分権一括整備法施行後、現に公共の用に供している法定外公共用

物について、国から市町村に譲与されたものについては、財産管理・機能管理とも市町村の自治事務となった。一方、譲与期間内に市町村に譲与されない財産（公共用物としての機能を喪失しているもの）については、原則として一括して用途廃止され、国において直接管理を行うこととなった。また、国から市町村に譲与が完了するまでの間の財産管理は、都道府県が暫定的に法定受託事務として執行することとなり、機能管理は、地方分権一括整備法施行前と同様に市町村が行うこととなった。

2 従来の法定外公共用物に対する機能管理の考え方

(1) 学説は、財産管理権と別個に機能管理権といった概念を認めないとする機能管理否定説（美濃部達吉「日本行政法下巻」688頁）と、公共用財産の所有者である国による財産管理権とは別個に市町村による機能管理権を肯定する機能管理肯定説（塩野宏「法定外公共用物とその管理権」（行政法の争点・新版）162頁、井上隆晴「法定外公共物の管理について」（現代実務法の課題）145頁）の両説がある。

(2) 判例は、最高裁判所昭和59年11月29日第一小法廷判決（民集38巻11号1260頁、判例地方自治10号92頁）において、普通河川を事実上管理する市が国家賠償法2条1項の責任を負う公共団体に当たるか否かが争われた事案について、「地方自治法2条3項2号は、河川、運河、溜池、用排水路、堤防等を設置し若しくは管理し、又はこれらを使用する権利を規制することを地方公共団体の事務として掲げているのであるが、右の規定は地方公共団体の事務を例示しているにすぎず、右の規定から直ちに地方公共団体がその区域内の普通河川を法律上管理することとなるわけのものではなく、普通河川の管理に関する条例を定めていない上告人

（引用者注：市町村のこと）を普通河川である本件溝渠の法律上の管理者であるとするとはできない。しかしながら、国家賠償法2条にいう公の營造物の管理者は、必ずしも当該營造物について法律上の管理権ないし所有権、賃借権等の権原を有している者に限られるものではなく、事実上の管理をしているにすぎない国又は公共団体も同条にいう管理者

に含まれる」と判示し、また、最高裁判所昭和53年12月21日第一小法廷判決（民集32巻9号1723頁、判時918号56頁、判タ380号78頁）は、普通河川の管理について定める普通地方公共団体の条例において、河川法が適用河川又は準用河川について定めるところ以上に強力な河川管理をすることの適法性が争点となった事案において、「普通地方公共団体がこのような定めをすることができることは、地方自治法2条2項、同条3項22号、14条1項により明らかである」と判示し、いずれも機能管理肯定説の立場を採った。

(3) 行政解釈は、「機能管理は、地方自治法2条2項の規定により、地方公共団体の固有の事務として、同条4項の規定により、原則として市町村がその行政区画内のものを管理する行政責任があると解する。」（財管研究会編・公共用財産手引52頁）「地方自治法2条2項の規定による事務は、公共物の所有権が、国有、私有にかかわらず、機能管理を地方自治体の事務として規定したものであるから、里道の維持管理及び水路の流水等の管理は、原則的には市町村の固有の事務であり、統一的な処理を必要とするものについては、同条6項の規定により都道府県の事務となる。」（財管研究会編・前掲書54頁）として、機能管理肯定説を採り、機能管理は原則的には市町村に固有の事務であるとの立場を採っていた。

(4) 以上のように法定外公共用物の機能管理については、法律上明確な規定がなかったため、市町村が機能管理を行うことの根拠をめぐって、種々の見解があったが、地方分権一括整備法施行後は、地方自治法2条8項に定める自治事務という法的根拠をもって、市町村が機能管理を行うこととなった（問122参照）。

<参考文献>

- 寶金・新訂版里道237頁、中野編・国財実務265頁、財管研究会編・公共用財産手引52、54頁、建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物31頁、81頁、95頁、116頁

問8 里道、二線引畦畔とはどのようなものか

答 里道とは、道路法による道路に認定されていない道路のうち、公図上赤い帯状の線に表示されたりしているものである。

二線引畦畔とは、公図上、主として耕地の間に二本線の長狭線に表示されているものである。

解説

1 里道について

里道とは、道路の形状をなす土地のうち道路法上の道路でないものであり、その名称は、明治9年6月8日太政官達60号が、一般の交通の用に供されている道路を「国道」「県道」及び「里道」に分類したことに由来するもので、「認定外道路」と呼ばれることもある。

里道は、その幅員が約1間（1.8メートル）のものが多く、旧土地台帳附属地図（公図）において赤色で表示されているものがほとんどであることから赤道と称されることもある。

2 二線引畦畔について

二線引畦畔とは、公図上は二本の実線の長狭線で帯状に囲まれた無番地の土地で、元々は田畑の境界にあって田の表面よりも高く土盛りした長狭物のことであり、東海地方では澗地、関東地方では青地、東北地方では土手代等と称されている。

<参考文献>

○資金・新訂版里道99頁、120頁、中野編・国財実務8頁、15頁

問9 海底の地盤は「土地」であるか

答 海底の地盤は、現行法上、原則として「土地」ではないが、自然海没地や人工海面の地盤は「土地」であり、さらに、私下海面の地盤についても、「土地」と認められるものもある。

解説

1 海と陸地との境界及び海の定義

現行法上、「海」についての定義規定はなく、また、「陸地」ないし「土地」についての定義規定もない。そのため、海と陸地との境界がどこにあるのかについては解釈にゆだねられている。

現在の行政先例、特に登記先例は、「陸地と公有水面との境界については、直接これに関する法令は存しないが、潮の干満の差のある水面にあっては春分秋分における満潮位を、その他の水流水面にあっては高水位を標準として定めるべきである。」としている（大正11年4月20日発土11号内務次官通牒、同35号内務省土木局長通牒・訟月22巻6号1707頁、昭和31年11月10日民事甲第2612号民事局長事務代理回答・登記関係先例集追加編I 763頁、昭和33年4月11日民事三発第203号民事局第三課長事務代理通知・登記関係先例集追加編II 255頁、昭和34年6月26日民事甲第1287号民事局長通達・登記関係先例集追加編II 514頁）。したがって、行政先例において、「海」とは、春分秋分の満潮位面である海面と海底とによって画された海水と海底の地盤から成る総合体と定義されることになる。

いわゆる田原湾干潟訴訟における最高裁判所昭和61年12月16日第三小法廷判決（民集40巻7号1236頁、訟月33巻8号2099頁、判時1221号3頁、判タ629号100頁。以下「田原湾最高裁判決」という。）は、「海は、社会通念上、海水の表面が最高高潮面に達した時の水際線をもつて陸地から区別されている。」と判示している。

2 海底の地盤の所有権について

海水は、一般に所有権の対象となる物（民法85条）に該当せず、また、国有財産法上の財産とは解されていない。しかし、海底の地盤については、特に、満潮時に海面下に没し、干潮時に海面上に現れる干潟が民法86条1項の土地に当たるか否かに関して、以下のとおり、見解が分かれるところである。

(1) 否定説

民法上の所有権の対象となる土地すなわち不動産登記法上の登記能力

を認められる土地とは、我が国の領土である陸地を意味するとの見解である。その論拠としては、不動産登記法42条が土地の滅失の概念を掲げていること、公有水面埋立法24条が埋立てによって被免許者は、「埋立地ノ所有権ヲ取得ス」と規定しているものの、「払下げを受ける」とは規定していないことなどを挙げる。これは、海面の公共的性格を強調し、海はすべて当然に公有水面であって私法上の所有権の成立する余地はなく、専ら国家の公法的な支配に置かれるだけであるとするいわゆる「公所有権説」(美濃部達吉・日本行政法下巻783頁)と同様の立場に立つものといえる。そのほか否定説に立つものとして、吉野衛・注釈不動産登記総論38頁、清水湛「登記をめぐる諸問題」登記先例解説集17巻4号55頁などがある。

(2) 肯定説

我が国の領海内にある海底の地盤も陸上の土地と同様に、支配可能性がある限り民法上の所有権の対象となり得る不動産であるとする見解である。その論拠としては、1ミリでも海水に覆われる場所か否かで、私法上は無意味な空間か土地という不動産かと截然と分けるというのは、いかにも不自然であり、また、支配可能性という解釈上の要件は、必ずしも、現在・現実に支配可能だということを意味するものではなく、少なくとも客体の物質的利用という点では現在のところは現実の支配はほとんど不可能であっても、将来自然的又は社会的条件に変化が生じたときには現実の利用上の支配が可能になるであろうという、いわば潜在的な支配可能性があれば足りること(幾代通・不動産物権変動と登記212頁)、海面はともかく海面下の土地には私的所有権が成立すると構成しても、その上に公用負担が附着するということに構成すれば、公共的性格と私的所有権成立との調和をはかることができること(米倉明「物(四)」法学教室34号34頁)、その土地が海面下となるに至った経緯、現状、所有者の意図、技術水準などを総合的に考慮して、その土地に財産的価値や具体的支配可能性がある場合には、海面下の土地といえども、一般的に私的所有権の対象と考えてよいこと(来生新「海の管理」現代行政

法体系9巻351頁)などが挙げられる。ほか肯定説に立つものとして、寶金・新訂版里道185頁、奈良次郎「海面下の土地所有権」金融法務事情974号18頁などがある。また、肯定説からは、現行法令に、所有権の客体となることを前提としていると解される規定があること(公有水面埋立法1条、港湾法4条2項、漁業法3条、13条1項4号)も論拠として主張されている(寶金・新訂版里道182頁)。

(3) 行政解釈の対立

法務省は、春分秋分の満潮時において、海面下に没する地盤については私人の所有権は認められない(昭和33年4月11日民事三発第203号民事第三課長事務代理通知・登記関係先例集追加編II255頁、昭和34年6月26日民事甲第1287号民事局長通達・登記関係先例集追加編II514頁)とする否定説を採り、旧運輸省や旧自治省も同様に否定説を採っている(ただし、海没地及び人工海面の地盤については例外的な取扱いが予定されている。)が、旧建設省は、肯定説を採り、海底の土地は、土石採集ができ、構造物の築造ができ、又は埋立てができる可能性が存する範囲内において支配可能性があり、その財産的価値は科学と技術が進歩するにつれて拡大する公共用財産であるとする(財管研究会編・公共用財産手引9頁)。

(4) 判例の立場としての折衷説

海底の地盤に私的所有権が成立するかどうかについて、田原湾最高裁判決は、「海は、社会通念上、海水の表面が最高高潮面に達した時の水際線をもつて陸地から区別されている。そして、海は、古来より自然の状態のままで一般公衆の共同使用に供されてきたところのいわゆる公共用物であつて、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるから、そのままの状態においては、所有権の客体たる土地に当たらないというべきである。」と判示し、原則として否定説に立ちつつ、「しかし、海もおよそ人の支配の及ばない深海を除き、その性質上当然に私法上の所有権の客体となりえないというものではなく、国が行政行為などによって一定範囲を区画し、他の海面から

区別してこれに対する排他的支配を可能にした上で、その公用を廃止して私人の所有に帰属させることが不可能であるということはできず、そうするかどうかは立法政策の問題であつて、かかる措置をとつた場合の当該区画部分は所有権の客体たる土地に当たる」とした上、「現行法は、海について、海水に覆われたままの状態である一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させるという制度は採用していない」と判示した。この田原湾最高裁判決の立場は、折衷説と呼ばれている（寶金・新訂版里道183頁）。

(5) 折衷説（及び否定説）が例外的に土地性を肯定するもの

折衷説（及び否定説）は、例外として海も支配可能性、特定性があれば所有権の客体となり得るとして次のものを挙げる。

ア 自然海没地

これは、従来陸地で私法上所有権の対象であった土地が、地震、津波、地盤沈下等の自然現象により、崩壊、流出、浸水し、浸食され、少なくとも春分秋分の満潮時には海水に覆われるに至った場合であり、これには干潮時に海面上に露出する土地も含まれる。

そこで、従前国有地の一部であった陸地が自然現象により海没した場合、所有権の客体たる土地性を喪失するか否か問題となる。この点については、田原湾最高裁判決が、傍論ながら、「私有の陸地が自然現象により海没した場合についても、当該海没地の所有権が当然に消滅する旨の立法は現行法上存しないから、当該海没地は、人による支配利用が可能でありかつ他の海面と区別しての認識が可能である限り、所有権の客体たる土地としての性格を失わないものと解するのが相当である。」と判示して、支配可能性及び区別認識可能性の有無によって土地性喪失の有無を判断する見解を採っている。

また、否定説に立つ登記先例も、「土地が海面下に没するに至った経緯が天災等によるものであり、かつ、その状態が一時的なものである場合には、私人の所有権は消滅しない。」（昭和36年11月9日民事甲第2801号民事局長回答・登記関係先例集追加編Ⅲ708頁）として、自

然海没地も、「海没状態が一時的なものである」限りは登記能力を喪失しないという考え方を示している。なお、この点に関して、地租条例（明治17年3月15日太政官布告第7号）24条は、「川成、海成、湖水成ニシテ免租年期明ニ至リ原形ニ復シ難キモノハ更ニ二十年以内免租継年期ヲ許可ス 其年期明ニ至リ尚ホ原地目ニ復セス他ノ地目ニ変セサルモノハ川、海、湖ニ歸スルモノトシ其地券ヲ還納セシム」と定められていたことから沿革的にも妥当といえよう。

イ 人工海面

これは、従来陸地で私法上所有権の対象であった土地が、人工的に掘削されて、港湾（掘込港湾）や養殖池、貯木場、遊泳場等として利用されている場合である。

人工海面は、自然現象によって海没した土地と異なり、一定の目的をもって人工的に作り出されたものであるから、その目的に応じて、海没の状況に差異があるのが当然である。そして、それは、土地を土地として利用する意思を捨て、文字通り海面とする意思に基づく場合や、逆に飽くまでも土地利用の一態様として人工的にそのような状況を作り出した場合等に応じた、それぞれ所有者の意図を反映した差異でもあるであろう。

したがって、港湾建設のために海洋に面している土地を全面的に掘削してしまったというような場合には、海面下になった土地に登記能力を認めるべきではないと考えられる反面、魚の養殖等を目的として、土地を掘削して海水を引いたような場合でも、その海水をある程度コントロールできるときには、登記能力を認める可能性も考えられる。

人工海面も、自然海没地と同じく、従来は陸地として所有権の客体となっていたものであるから、自ら海面状態を作り出した所有者の意思を可能な限り尊重し、不法占拠事案に対する私権保護の観点からなお「土地」として利用する一態様とみる方向で土地概念を拡大していくのが妥当のように思われる。

ウ 払下海面

田原湾最高裁判決は、徳川幕府の時代から明治初年にかけて、海面の開発を目的に官から払下げを受けながら、その後埋立てが行われずに放置されている海面の地盤の土地性について、一般論として、海も、その性質上当然に所有権の対象となり得ないものというものではなく、所有権の客体とするかどうかは立法政策の問題であると述べながら、現行法は、海について海水に覆われたままの状態である一定範囲を区画し、これを私人の所有に帰属させるという制度は採用していないと明言した。もっとも、同判決は、「過去において、国が海の一定範囲を区画してこれを私人の所有に帰属させたことがあったとしたならば、……その所有権客体性が当然に消滅するものではなく、当該区画部分は今日でも所有権の客体たる土地としての性格を保持しているものと解すべきである。」と立論した上で、係争地が所有権の客体たる土地に当たるか否かは、「国が過去において本件係争地を他の海面から区別して区画し私人の所有に帰属させたことがあったかどうかにかかると判示したが、結果的には、そのような事実があったとは認められないとして、本件海面の地盤の土地性を否定した。

これに対し、いわゆる羽田空港埋立地事件に関する最高裁判所昭和52年12月12日第一小法廷判決（訟月24巻1号25頁，判時878号65頁，判タ360号142頁）は、明治4年8月大蔵省達第39号「荒蕪不毛地払下ニ付一般ニ入札セシム」に基づき払い下げられた海面の埋立地につき所有権の帰属が争われた事案について、大蔵省達第39号に基づく本件払下げの対象は、国がそれまで有していた払下地所に対する排他的総括支配権であり、当時の法制によれば、海水の常時侵入する地所についても、これを払下げにより私人の取得し得る権利の対象としていたと解することができるから、本件払下げにより取得した権利は排他的総括支配権というべきであり、これは明治31年7月民法が施行されるとともに民法上の土地所有権に当然に移行した旨の原審の判断は正当として是認できると判示している。この判決は、要するに、大蔵省達

第39号は、海面下の土地について排他的総括支配権を認めた法令であると判断していると解される。そして、この大蔵省達第39号は、明治6年7月20日太政官布告第257号により廃止されている。そうすると、海面下の土地について排他的総括支配権が認められた時期は、基本的には大蔵省達第39号が発令された明治4年8月から太政官布告第257号により廃止された明治6年7月20日までの約2年間であるということになる。

したがって、特定の払下海面について、私権の成立を問題とする場合には、それぞれの歴史的、物理的な個別実態を明確にするとともに現行及び過去の法制度を十分に検討する必要があるといえよう（大蔵省達第39号による払下げを否定したものとして、福岡高判平14.11.28訟月49巻10号2891頁）。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道174頁，青柳馨・最高裁判所判例解説民事篇（昭和61年度）473頁，植垣勝裕「海面下の土地と所有権」法務省訟務局編・訟務重要判例解説15頁

問10 海浜地とは何か

答 海浜地とは、有番地の土地の海側境界線と、海との境界線すなわち春分秋分時の満潮線との間の砂浜なり磯状を呈している無番地の土地であり、古来、船揚場、船曳、網曳、網干、海産干場などのために一般公衆が自由使用してきた公共用財産である。

解説 海浜地の位置は、大別すると、①春分秋分時の満潮線より海側に求めるもの、②春分秋分時の満潮線より陸側に求めるもの、③低潮線（海岸法2条2項に基づいて都道府県知事が指定し、公示した線）から陸側とするものの三種があるが、実務上は②の見解に従っているようである（寶金・新訂版里道167頁）。

②の説によると、海浜地とは、有番地の土地の海側境界線と、海との境界線すなわち 春分秋分時の満潮線との間の砂浜なり磯状を呈している無番地の土地ということになる。

この海浜地は、古来、船揚場、船曳、網曳、網干、海産干場等のために一般公衆が自由使用してきたものであり、その多くは、国有、すなわち、公共用財産である。

海岸法の一部を改正する法律（平成11年5月28日法律第54号）により、それまで法定外公共用物とされていた海浜地は、法律上一般公共海岸区域として位置づけられ、法定公共用物とされた。

なお、漁港区域内に存在していた旧建設省所管の海浜地等（里道・水路を含む。）は、昭和44年8月1日に旧建設省から農林水産省に、港湾隣接区域内に存在していた海浜地等（里道・水路を含む。）は、昭和44年12月27日に旧建設省から旧運輸省に所管換されたものとして、それぞれ取り扱うこととされた。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道166頁，建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物94頁

問11 普通河川とは何か

答 普通河川とは、河川法や下水道法など河川管理に関する特別法の適用や準用のない河川、運河、公共用悪水路、井溝、堀等の総称であり、法定外公共用物の一つである。

なお、普通河川のうち、現に公共の用に供しているものは、地方分権一括整備法施行後、国から市町村に譲与されている。

解説 普通河川とは、河川法や下水道法など河川管理に関する特別法の適用や準用のない河川、運河、公共用悪水路、井溝、堀等の総称であり、法定外公共用物の一つである。

この普通河川には、公図上、無番地の青色で着色された長狭線で表示されたもの（実務上「青線」と呼ばれる。）や公図や公簿に表示のない「脱落地たる水路等」、公共の用に供されている民有の用悪水路、井溝などの「民有水路等」などのうち、河川法、下水道法の適用のないものがある。

また、普通河川には、上流から下流までの全体が河川管理法の適用のない単独水系と、一級河川、二級河川、準用河川の上流部分が河川管理法の適用がない河川部分がある。単独水系は多くの場合、田畑の灌漑用水路か、付近が都市化することによって下水路となつたいわゆるドブ川である。河川の下流は一級河川等に指定されている河川であっても、その上流の溪流には河川法の適用や準用がない部分があり、これは普通河川となる。

なお、この普通河川のうち、現に公共の用に供しているものは、地方分権一括整備法施行後、国から市町村に譲与されている（問6，第9章参照）。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道137頁，建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物31頁

問12 湖沼・ため池は国有財産か

答 湖沼・ため池は、公図上、青色に着色された無番地の土地として表示され、土地台帳等の公簿上も民有地に編入された痕跡のないものであれば、国有地と推認される。民有地に存するものであっても、独立の地番が付されるか、あるいは民有地の地番にため池・湖沼の存在が記載されている場合以外は、国有地と推認される。

なお、湖沼・ため池のうち、現に公共の用に供しているものは、地方分権一括整備法施行後、国から市町村に譲与されている。

解説

1 湖沼・ため池の地盤の土地性

不動産登記における土地の地目として、「池沼」、「ため池」があること

から、湖沼やため池の地盤が登記能力のある「土地」であることは明らかである（不動産登記規則99条）。

2 湖沼・ため池の敷地の所有権の帰属

この湖沼やため池は、明治初期の官民有区分においては、民有有租地内に私費で築造されたものであることの明らかなため池の敷地は民有地に分類し、その余の天然あるいは人造の湖、沼、池は、官有地に分類するのを原則としていたと解されている（寶金・新訂版里道155頁、樋田豊太郎・日本農業法制（上）422頁）。

民有のため池等には、地番が付され、地券が発行される扱いであったから、公図上、青色に着色された無番地の土地として表示され、土地台帳等の公簿上も民有地に編入された痕跡のないため池等であれば、官有地に編入された土地であると推認される（なお、一般的には官有地のため池にも地番が付されたことがあったので、地番が付されているからといって官有地でないということとはできない）。また、公図上何ら湖沼ないしため池らしき記載がなく、また公簿上も民有地に編入された痕跡もないため池等であれば、それは未定地ないし脱落地（問28参照）たるため池等として国有に帰属すると解すべきである。

実務上問題となるのは、広大な一筆の耕地や山林の中に存在するため池等であるが、仮に、当該ため池等が官民有区分の際に民有地に区分されたのであれば、独立の地番が付されるか、あるいは地券や公簿上に「田〇反歩内ため池〇歩」等と内書（あるいは外書）されたはずである（内書は本地に含まれ、外書は本地に含まれない。なお、昭和25年7月31日土地台帳法改正による登記簿・台帳一元化実施以降、内書は記載を要しないこととされ、外書は本地の地積に合算することとされた（寶金・新訂版里道121頁））。したがって、ため池等がたとえ民有地の中に存在していても、独立の地番が付されていないもの及び民有地の地番に内書（あるいは外書）として記載がされていないものは、当然には民有地と推認されず、脱落地として国有に帰属すると解すべきであろう（寶金・新訂版里道156頁）。

なお、これらの国有に帰属した湖沼やため池のうち、現に公共の用に供

しているものは、地方分権一括整備法施行後、国から市町村に譲与されている。

3 裁判例

沼地の下戻申請が認められなかったもの（大判明35.4.24行録12輯321頁）、官有に編入されたため池は、たとえ当該処分に瑕疵があっても、国有に帰する旨を判示したもの（大判大3.12.19民録20輯1121頁）、民有地の中に存在するため池（通称すりばち池）を国有と認めたもの（京都地判平2.9.27訟月37巻11号1971頁。なお、その控訴審判決である大阪高判平5.3.23（公刊物未登載）及び上告審判決である最判（一小）平6.9.29（公刊物未登載）も同旨）などがある。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道154頁、建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物31頁

第2章

国有財産に関する訴訟

第2章 国有財産に関する訴訟

問13 国有財産に関する訴訟にはどのような種類があるか

答 国有財産に関する訴訟の主なものは、①国有地と民有地との境界確定を求める訴訟、②国有地を時効取得したとして国に対し所有権の確認を求める訴訟、③国有地を不法占拠している者に対し国が明渡しを求める訴訟などがある。

解説 国有財産法が適用される国有財産、すなわち、狭義の国有財産に関する主な訴訟としては、①国有地と民有地との境界確定を求める訴訟、②国有地を時効取得したとして国に対し所有権の確認を求める訴訟、③国有地を不法占拠している者に対し国が明渡しを求める訴訟などがあり、このほか、国の債権の管理等に関する法律が適用される国の金銭債権に関する訴訟としては、④国が自動車損害賠償保障法72条により被害者に対し損害を填補したに基づき加害者に損害賠償の請求をする訴訟などがあり、また、特殊なものとしては、⑤国が各種の税法に基づき納税者に対して取得する国税債権に関する訴訟がある。

本書で取り扱う国有財産に関する訴訟は、狭義の国有財産に関する訴訟である①②③などであり、以後、これらの訴訟を総称して、「国有財産訴訟」と呼ぶこととする。

これらの訴訟は、一方の当事者が国であることに大きな特徴があるが、この場合の国という法主体は、相手方当事者たる個々の国民ないし法人との関係においては、一般私人が財産ないし財産権を管理する場合と基本的には同一であり、一般私人間の財産紛争と同じ性格を有する。

したがって、国有財産訴訟においては、一方当事者たる国と相手方当事者たる私人との間を規律する実体法は、基本的には民法その他の一般私法であり、その間の訴訟手続法は民事訴訟法であるのが原則である。ただ国という公的な法主体であることから、訴訟提起に至るまでの国の機関相互間の内部

第2章 国有財産に関する訴訟

的規律を定めた法律や、民法その他の一般私法を一部修正する法律が介在することがあるという特徴がある。

<参考文献>

○中野編・国財実務2頁

問14 国有財産訴訟において国が訴訟告知を受けるのはどのような場合か

答 国有財産訴訟において、国が訴訟告知を受けるのは、①民有地と民有地との境界確定訴訟あるいは民有地についての所有権確認等訴訟において、当該民有地に国有の道路などが接している場合、②国有地の払下げを受けたり、交換により国有地を取得した者が当事者となった当該土地の所有権確認訴訟が提起された場合などがある。

解説

1 訴訟告知の意義

訴訟告知とは、訴訟の係属中、訴訟の当事者、補助参加人（告知者）から訴訟の結果に利害関係を有する第三者（被告告知者）に対して訴訟の係属していることを法定の方式で通知することである（民訴法53条1項、2項）。その実益は、被告告知人に補助参加を促し、補助参加があれば主張・立証につき援助を期待できること、訴訟告知によって、判決の参加効力を被告告知人に及ぼす点にある（民訴法53条4項）。

2 国有財産訴訟において訴訟告知がされる場合

国有財産訴訟において国が訴訟告知を受けるのは、①民有地と民有地との境界確定訴訟あるいは民有地についての所有権確認等訴訟において、当該民有地に国有の道路が接している場合、②国有地の払下げを受けたり、交換により国有地を取得した者が当事者となった当該土地の所有権確認訴訟が提起された場合などがある。これらの訴訟告知事案では、国から境界についての資料などを裁判所に提出させることを狙って行われる場合も多いと思われる。

問15 国が原告となる訴訟において留意すべき事項は何か

答 行政庁からの依頼内容、事実関係、証拠関係を精査した上、適切な請求を定立するとともに、相手方の主張立証や裁判所の訴訟指揮に留意し、適切かつ妥当な紛争解決方法を常に模索する。なお、事案により、保全命令の申立てが必要な場合もある。

解説

1 依頼内容、事実関係及び証拠関係の調査

行政庁からの申立ての依頼に基づき、訟務部局が紛争の解決を図ろうとするときは、事実関係をできるだけ正確に把握しなければならない。そのためには、行政庁に対し、一切の関係資料を求め、紛争の経緯・状況等の事情を不利な事項も含めて詳しく聴取することが必要である。国が原告となる事案の多くは公共用財産の不法占拠事案であり、これについて行政庁から申立ての依頼等があった場合は、不法占拠に至った経緯、依頼に至る経緯、賃貸借等占有権原があったか否かなどを十分調査することが肝要である。

また、こういった調査とともに、訴えを提起する際にどのような法律構成を採るか、どのような訴えがふさわしいか、証拠は十分かなどを客観的に判断する。

国有財産訴訟において、国から訴えを提起するものの多くは、「所有権確認請求」、「建物収去土地明渡請求」、「境界確定請求」であるが、これらの訴訟を維持できるだけの根拠（事実や証拠）があるかを見極め、仮に訴えを提起する根拠がないと判断した場合は、その旨を行政庁に通知し、処理を打ち切ることになる。

また、訴えが提起できると判断した場合も、紛争解決方法として訴訟外での和解や、調停、支払督促申立てがより適切でないかどうかについても検討を要する。

2 保全命令申立ての必要性の検討

国有財産訴訟に関して、国が原告となり訴訟を提起する事件は、国有地を不法占拠する者に対する事案が極めて多い。これらの訴訟において、仮処分を検討すべきことは、訟務事務処理の原則である。

(1) 訴訟は判決の確定までに、一定の期間を要することから、権利者は、勝訴判決を得た場合でもその時点で債務者の財産が減少していたり、権利の目的物がほかへ移転していたりすれば、権利を完全には実現できないことになる。そこで、権利者の勝訴判決が無意味なものにならないように、目的物の現状を維持するため、民事保全手続が認められている。

(2) 国有財産訴訟に関する保全命令としては、

- ① 移転登記手続又は登記の抹消手続を求める事件については、処分禁止の仮処分
- ② 土地又は建物の明渡しを求める事件については、占有移転禁止の仮処分
- ③ 建物収去土地明渡しを求める事件については、土地については占有移転禁止の仮処分、建物については処分禁止の仮処分
- ④ ②、③について事情によっては、明渡漸行の仮処分などが考えられる。

なお、これら保全命令を得ている事件について担保取消事由が生じたときは、速やかに担保取消決定の申立てをし、その決定を得て、供託金の取戻しを行い、国庫に返納する。

(3) 保証金の確保

保全命令の決定を得るには、担保として保証金を必要とするのが通例であり、事前に本省所管課（訟務企画課予算統計係）に連絡し、保証金確保の見通しを立てた上で、申立てをする。また、多額の保証金を要する場合には特に入念な連絡が必要である。

(4) 執行機関との打合せ

執行を行うには、執行官を通じ、必要であれば警察へ依頼するなど、混乱を招かないよう細心の注意を払うべきである（民執法6条1項）。

3 本訴事件

(1) 損害金の請求

公共用財産の不法占拠者に対しては、明渡請求等に併せて損害賠償の請求又は不当利得の返還を請求することができる。この場合、占用料相当額を請求するか宅地賃料相当額を請求するかについては個別具体的に検討する必要がある（問110参照）。

また、占拠の期間、占拠の範囲など、事実の把握や立証が困難な問題もあり、請求金額の算出に当たっては十分注意を要する。

(2) 現地調査

訟務担当者が係争地を自分の目で見ておくことは非常に有意義であり、その際には写真撮影や現地の状況を図面に記入するなどし、調査事項の報告として保存しておくのがよい。

(3) 主張、立証

相手方の主張立証や裁判所の訴訟指揮を踏まえ、過去の判例等を参考にしながら十分な訴訟活動を行うべきである。そして、訴訟係属中は、常に紛争解決方法として何がふさわしいかを検討すべきである。

主張は、主要事実と間接事実を分け、証拠を引用した上、裁判所に分かりやすくすべきである。また、立証は、鍵となる重要証拠を早期に見極めた上、ポイントを絞った証拠調べを心掛けるべきである。

なお、境界確定訴訟においては、公法上の境界を主張すべく、最大限の努力を行うべきである。

(4) 和解

指定代理人が国有財産の払下げについての権限を有しないこと及び境界確定訴訟において性質上和解ができないことに注意を要する（問94参照）。

問16 国が被告となる訴訟において留意すべき事項は何か

答 訴えが提起された場合、できるだけ速やかに所管行政庁の担当者と連絡を取り、所管行政庁からの回報書の送付前から、同担当者と打ち合わせる

などして、事実関係、証拠関係について精査し、適切な応訴方針を決定する。事案により、移送や訴え却下などの本案前の申立てや反訴、訴訟告知も検討する。

解説

1 応訴方針の決定

(1) 応訴方針の決定は、所管行政庁からの回報書を中心に事実関係、証拠関係を精査して決定すべきであるが、実際には、回報書の送付を待っているだけの時間的余裕はない。そこで、訴えが提起された場合、できるだけ速やかに所管行政庁の担当者と連絡を取り、回報書の送付前から、同担当者と打ち合わせるなどして、事実関係、証拠関係について精査しなければならない。

その結果、移送や訴訟要件欠如などを理由とする本案前の申立てが必要であることが判明した場合にはその旨の主張をすべきである。

特に、国有財産訴訟の場合、当事者（被告）適格があるのは国のみであるが、相手方が誤って県や市に訴えを提起し、訴状の送達県や市にされる場合もある。この場合、県や市の担当者が受領せずに国へ回付することも考えられるが、飽くまで、被告とされているのは県や市であるから、その担当者は第一回期日に出席すべきであり、県や市には当事者適格はなく当事者は国である旨を申し立て、却下を求めるべきである。

また、原告が、被告を国とすべきなのに、誤って「行政機関」又は「行政官署」を被告とする民事訴訟（例えば、被告を「国土交通大臣A」又は「国土交通省」とする境界確定訴訟）を提起し、訴状が当該行政機関又は行政官署に送達された場合において、原告が被告の表示を国に訂正する意思がないときは、国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律の趣旨に照らし、実質的に国を当事者とする訴訟についてはすべて法務大臣において統一的、一元的に実施すべきものである。当該訴訟は、同法5条1項にいう訴訟に該当するものとして、法務大臣は、同法6条2項により訟務部局の職員を指定代理人と

してその訴訟を行わせることができ、上記訴状が法務省、法務局又は地方方法務局に送達された場合においては、法務大臣は、同法2条1項により訟務部局の職員を指定代理人としてその訴訟を行わせることができる（平成7年9月26日法務省訟総第763号法務省訟務局長回答）。

(2) 応訴の方針については、事実関係、証拠関係を精査の上、原告の請求を認めるか否か、争う場合はどこを争うかを決め、事件についての見通しを立て、その解決方法として、判決によるのが相当であるか否かを検討すべきである。なお、解決方法として何が相当であるかは、裁判所の訴訟指揮や、相手の主張立証の程度などを踏まえた上、訴訟の係属中、常に注意を払うべき事柄である。

(3) また、当該紛争の抜本的解決を図るため、反訴の提起の可否を十分に検討する必要もある。例えば、①登記名義を有する相手方からの明渡しを求める事件に対しては、移転登記手続を求める反訴の提起、②不法占有中の相手方からの所有権確認ないし移転登記手続を求める事件に対しては、明渡請求の反訴の提起を検討すべきであり、反訴の提起が相当と判断されるときは、行政庁に対し、反訴提起の依頼をするように求めるべきである。

(4) 国有財産の種類により所管行政庁が違い、また、争訟の目的物になる国有財産は権利の変動等があってからかなり時間を経過しているなどの理由で、所管行政庁が定まらない場合には、所管行政庁と考えられる行政庁すべてに訴訟の係属通知を発送することも一案である。

2 主張・立証など

(1) 準備書面は、適宜、証拠を引用した上、主要事実、間接事実を分け、裁判所に分かりやすく具体的で、説得力のある主張を展開すべきである。なお、準備書面の提出等については、定められた期限を遵守すべきことはいうまでもない。

(2) 訴訟係属中は、相手方の主張や立証に対応して、新たな抗弁の主張や訴訟告知が必要となる場合があるので、その検討を怠ってはならない。

第2章 国有財産に関する訴訟

(3) 和解

指定代理人には、国有財産払下げにつき和解権限はないこと及び境界確定訴訟においては、和解で境界を定めることができないことに注意を要する（問94参照）。

第3章

国有財産の形成

第3章 国有財産の形成

第1 総説

問17 我が国において、国有地はどのようにして形成されたか

答 我が国において、国有地は、明治初期における地租改正事業による官民有区分等によって近代的土地所有権が確立される過程で形成された。

解説 我が国において、明治以前の近世においては、近代的土地所有権は確立されていなかった（問18参照）。近代的土地所有権は、明治初期における地租改正事業（問20参照）による官民有区分等によって確立し（問19参照）、それに伴って国有地も形成された。

問18 近世における我が国の土地支配の形態は、どのようなものであったか

答 近世の土地支配形態は、領主の領有権と百姓等の所持権の二重構造であったが、いずれも様々な制約が加えられており、徳川末期には、さらに農民的所持が分化した寄生地主的所持が重疊的に存在するようになった。

解説 封建的土地支配の基本形態は、「所持＝支配進退」であったといわれている。この「所持＝支配進退」とは、所有と占有とが同時に合わせ含まれる概念であるが、今日における近代的土地所有権のように単独で、かつ排他的に存在していたのではなく、土地の法的支配の在り方として、一般的、普遍的には、領主の領知と庶民の所持の二重構造の形で存在していたのである。

このうち、領主の領知は、年貢徴収権という公法上の支配権を本体とするものであり、公法と私法の両権能が未分化のままの領有権というべきもので

あった。そして、この領有権の最高に位置する者は將軍であり、その権能が大名以下に知行として預けおかれる形態を採っていた。

他方、庶民の所持は、土地からの収益を本体的部分としていたが、田畑の売買は禁止され、さらには一定の面積ないし石高以内の土地の分割や作付け、地種の変更さえも厳しく制限されていた。また、庶民の土地に対する権益も、強弱様々なものがあつた。

なお、正確に言えば「所持」は検地帳に記載されることによって確定された抽象的な権利であり、「支配進退」は事実上の支配ないし用益を指すものである（古館後掲379、380頁）。

このように、封建的な土地の支配権は、常に経済外的強制によって幾多の制約が加えられていた点に大きな特色がある。

徳川中期になると、土地の質入れなどが行われるようになり、土地の寄生地主の所持が成長してくる。この段階になると質入人と質取人との重疊的支配が生じるが、それは飽くまでも社会的実態の話であつて、徳川幕府がこれを法的に公認したというわけではなかつた。

徳川末期においては、一つの土地に対する領主的支配、地主的支配、農民的支配が重疊的に存在するようになる。

すなわち、近世においては、領主的所持であれ、寄生的所持であれ、農民的所持であれ、今日の所有権に匹敵する包括的かつ絶対的で自由な権利を享有する者は誰一人として存在しなかつたのである。

<参考文献>

○古館清吾「近代的所有権の形成と帰属について」『松月』15巻3号371頁、
寶金・新訂版里道34頁、石川・諸問題48頁

問19 我が国における近代的所有権は、いつ、どのようにして確立したか

答 近代的所有権は、明治期の地租改正事業における、官民有区分を経て下戻しに至る政府の政策によって創設されたものであり、その過程で、

官有地と民有地が峻別されていったと考えられる。

解説

1 近代的所有権と地租改正

江戸時代における土地支配の基本的形態は、領主の領有権（領知権、知行権）と百姓等の所持権との二重構造であり、今日の所有権（土地に対する抽象的、絶対的、包括的支配権としての性格を有するもの）に当たるような概念はなかつた（問18参照。名請人の所持権はかなり所有権に近いものであつた。）。明治政府は、その財政的基盤を確立するために、税制の確立、すなわち地租改正を行つたが、それは、江戸時代における貢租に依存する方法を止め、全国の田畑のほか、山林や宅地についても、地価を基準にして定率で課税し、金納させることとしたものであり、そのために、官民有区分（官有地と民有地を明確に区別）した上、測量及び公図の作成による全国の土地の正確な把握及び地価算定を行つて地券を発行し、かつ、明治5年2月15日太政官布告第50号「地所永代売買ヲ許ス」により土地の所持及び売買の自由を宣言するなどして土地に対する複雑な封建的制限を撤廃し、一つの土地について一人の所有者の包括的支配にゆだねるとする一地主の原則を採用した（石川・諸問題51頁、寶金・新訂版里道36頁）。

この一連の地租改正作業によって、近代的所有権制度が確立されたとするのが現在の通説であり（丹羽邦男「地租改正と財政機構の確立」『日本近代法体制の形成（下巻）』5頁、福島政夫・地租改正の研究（増補版）95頁）、また、土地の私的所有権概念が、この明治5年の太政官布告第50号をもって確立したとするのが判例の見解でもある。

2 近代的所有権の形成及び官民有区分

近代的所有権制度の下における土地所有権がいつどのようにして形成されたかについては、土地所有権の形成過程の理解の相違から、学説上、次のとおり、創設説（創設的効力説）と自然決定説（確認的効果説）が対立している。

(1) 創設説（創設的効力説）—多数説、多数の判例

土地所有権は明治政府の立法施策として創設されたものであるとする見解である。この見解によれば、官民有区分は、近代的土地所有権創設のための形成的効力を有する処分であるということになる。したがって、仮に、当時の官民有区分の基準によれば本来民有地とすべき土地を誤って民有地としなかった（官有地とした）場合でも、当該土地の払下げ（下戻し）を受けない限り、官有地に編入された土地に対する国の所有権を争い、私人の権利を主張することはできないことになる。土地の払下げ（下戻し）は、①当該土地に対する払下げの訴願によるもの、②同訴願の却下処分に対する行政裁判による取消しによるもの、③官民有区分の最終は正立法である国有土地森林原野下戻法による下戻申請によるものがあつた。また、官民有区分を誤った土地、脱落地及び未定地（問28参照）は、いずれも同法による下戻申請ができなくなった明治33年6月30日の経過によって、ことごとく国有に帰したことになる（石田文二郎・土地総有権史論540頁、中尾英俊「林野関係法（法体制確立期）」講座日本近代法発達史X46頁、同・林野法の研究5頁）。

(2) 自然決定説（確認的効果説）

明治初期に施行された永代売買の禁の解除等の諸法令によって、それまで存在していた権利の一部が所有権に高められ、それによって従来所有権に最も近い権利を有していた者については、当然に所有権が認められたとする見解である。この見解によれば、官民有区分は、諸法令によって認められた所有権を単に確認する効果を有するにすぎず、権利の得喪に何らの消長も来さないということになる。また、この見解は、国有土地森林原野下戻法の趣旨についても、明治33年6月30日を経過すれば、下戻しの申請ができないというだけであって、下戻しの申請をしなかったこと自体によって、終局的に土地所有権の得喪変更を生じることはないと主張する（牧英正・道頓堀裁判220頁、金沢良雄・水法24頁。なお、牧英正「高瀬川・三田用水・道頓堀川床の所有権（土地所有権の近代化と河川敷の所有権）」手塚豊教授退職記念論文集「明治法制史の諸問題」425頁参照）。

3 裁判例の動向

大審院判決は、創設説（創設的効力説）の立場に立っており（大判大正2.10.6日民録19輯799頁、大判大正3.3.7民録20輯195頁、大判大正3.12.19民録20輯1121頁）、最近では、最高裁判所昭和57年7月15日第一小法廷判決（訟月29巻2号192頁）が、国有土地森林原野下戻法に基づき、行政裁判所が行政庁に対し係争山林を下戻申請者に下げ戻すべき旨の判決をしたときは、同判決によって下戻申請者は「新たに」同山林の所有権を取得するに至ったというべきであるとして、下戻判決に創設的効力がある旨の見解を明らかにしている（多数説、多数判例）。

これに対し、三田用水事件（問25参照）に係る一連の判決（東京地判昭36.10.24訟月8巻3号415頁、東京高判昭42.7.25訟月13巻9号1054頁、最判（一小）昭44.12.18訟月15巻12号1401頁）は脱落地たる公共用水路の事例につき自然決定説に立つと解されるが、地租改正当時の法令や官有地編入認定のための基礎資料が法廷に十分に提出されなかったという特殊事情のある事例であるといわれており、最高裁判所の判例集にも掲載されておらず、当該判決以後の裁判例の大勢も上記のとおり創設的効力説に立脚していることからすると、脱落地についてすら先例性を有しないとみるべきであろう（資金敏明「国有土地森林原野下戻法による下戻不許可処分と土地所有権の帰すう」法律のひろば35巻6号74頁）。

なお、官有地編入処分が行われた土地についての当該官有地編入処分の無効が争われた旧高鍋藩里牧跡地訴訟において、東京高等裁判所昭和60年1月24日判決（訟月31巻9号1997頁、判時1140号52頁、判タ554号190頁）は、「山林、原野等の官民有区分は、前記認定の経緯によりいつたん公有地とされた山林、原野等について、国の行政機関が法令等に基づき公権力の発動として、改めてこれを『官有』と『民有』のいずれかに区分し、その所有権の帰属を決するものであるから、狭義の行政処分的一种とみることができ、その対象となつた山林原野等は、これに従い、終局的に『官』もしくは『民』のいずれかの所有に帰したものである」と判示し、官民有区分の法的意義につき、他の多数の創設説（創設的効力説）

に立つ裁判例と同様、三田用水事件に係る最高裁判決に先例性を認めなかった（倉部誠＝井上陽「地租改正に伴う官民有区分の法的性格―旧高鍋藩里牧跡地訴訟」法務省訟務局編・訟務重要判例解説10頁参照）。そのほか創設説の立場に立つものとして、広島高等裁判所平成13年6月28日判決（公刊物未登載）がある。

したがって、裁判例の大勢に従うとすれば、創設説（創設的効力説）によるべきことになる。

問20 地租改正事業は、どのように行われたか

答 地租改正事業とは、土地所有を基準とする税であるいわゆる「地租」を徴収するための法的手続を整備する事業をいい、明治政府が財政的基礎を確保するため、全国の田畑、山林、宅地などについて地価を基準にして定率で課税し、金納させることとしたものである。

解説

- 1 明治政府が最初に着手した大きな事業は、農地の作物の収穫高に応じて課税し、物納させるといったこれまでの貢租制度を改正することであった。政府運営のためには、財政的基礎を確保することが当面の緊急課題であったのである。そのためには、全国の土地を把握することが必要であり、また、租税義務者を確定するために、封建的領主支配の下での土地支配形態を整理して、一つの土地は一人の所有者の包括的支配にゆだねることとし、その所有名義人を課税の名宛人とするを法的に明らかにする必要があった。
- 2 地租改正事業及びその前後の事業を大別すると次のとおり四つに分けられる。

(1) 前駆的作業の時代（明治4年～6年）

明治政府による土地の所有及び売買の自由が宣明され、また、同政府により課税物件としての土地の地価及び所有者の確定のため、壬申地券

（問21参照）が発行された。壬申地券発行の時点では、土地の検査や測量は行わないことを原則としていた。したがって、壬申地券に記載された土地の時価は一応の参考にすぎないとされ、確定的な課税標準として機能することは予定されていなかった。

(2) 官民有区分の時代（明治6年～14年）

政府は、「地券発行ニ付地所ノ名称区別共更正」（旧地所名称区別）（明治6年3月25日太政官布告第114号）を公布し、全国の土地について官民有区分の基準を明らかにした。もっとも、これは、土地の種類と種類ごとに地券発行の可否及び地租・区入費の賦課の有無を定めたものであって、官有と民有の区別の基準を定めたものではない。「民有地」という地種はなく、「私有地」について定められており、また、官有地及び私有地以外の地種（皇官地、神地、官庁地、官用地、公有地、除税地）があった。しかし、このような地種の区別も広い意味で官民有区分の基準を示したものとみることができよう。そして、翌年、「地所名称区別改定」（明治7年11月7日太政官布告第120号）をもってその基準が改定された。明治7年の地所名称区別改定においては、明治6年の旧地所名称区別において公有地とされたものを官有地と民有地に区別することとされた。ただ、これも何を官有とし、何を民有とするかの具体的な基準を必ずしも規定したものではない。具体的な基準は、明治8年7月8日地租改正事務局議定「地所処分仮規則」、明治8年地租改正事務局達乙第3号、同11号、同23号及び明治9年1月29日地租改正事務局議定「山林原野等官民有区別処分方法」等の法令並びに各種の同指令によって明らかにされた。ここに、全国の土地所有者に関する官民有区分が法制度的に確立されるに至った。

また、壬申地券を廃止して新たに改正地券（問23参照）を発行した。それは、土地の実測を必須の要件とした上、改正地券に記載された地価に課税標準としての機能を持たせようとしたものである。

なお、明治政府は、地租改正事業の成果として、一応は全国の各土地について、地券大帳（後に、明治9年3月13日地租改正事務局別報達に

より、「地券台帳」と改称された。)とともにその位置及び形状を明らかにした地図(字限図)を作成させた。これが、「改租図」と称される地図である。

(3) 地押調査の時代(明治17~23年)

明治17年12月16日大蔵省達第89号により、地租に関する帳簿様式が定められ、地租に関する台帳(土地台帳)を全国の市町村役場に備えることとされた。さらに、明治18年2月18日主税第10号大蔵大臣訓令及び明治20年6月20日大蔵大臣内訓第3890号の地図更正ノ件により再度の地押調査と地図更正が行われた。現存する公図の大部分はこの地図更正の結果作成された更正図である(地押調査はすべての府県において行われたが、地図の更正は必ずしもすべての府県において実施されたわけではない。)

(4) 下戻法の時代(~明治33年)

地所名称区別改定の基準に従い、民有の確証のある部分については、民有地に編入された上、地券が発行されたが、官民有区分に関する不服が相次いだことから、明治政府は、再度吟味した結果、民有と判定できるものについては、出願に基づきこれを私人に下げ戻す処分を行った。しかし、無期限に不服申立てを許すわけにもいかないので、国有土地森林原野下戻法(明治32年4月17日法律第99号)を制定して、明治33年6月30日の経過をもって、下戻しの申請を許さないこととした。その日までに申請がなく、民有地とされなかった土地は、申請期間経過後は、確定的に官有地として取り扱われるというのが当時の行政解釈であった。

<参考文献>

○資金・新訂版里道36頁、福島正夫・地租改正の研究(増訂版)93、308頁、古館清吾「近代的土地所有権の形成と帰属について」訟月15巻3号371頁

問21 壬申地券とは何か

答 明治政府は、明治4年から6年にかけて、本格的な税制改革(明治6年の地租改正条例に始まる土地制度改革)の準備に着手したが、その際発行

した市街地券及び郡村地券を合わせて、明治5年の干支にちなみ「壬申地券」と呼んでいる。

解説

- 1 明治政府は、地租改正事業の準備的措置として、「東京府下武家地町地ノ称ヲ廃シ地券ヲ発行シ地租ヲ上納セシム(明治4年12月27日太政官布告第682号)」により東京府下の従来の武家地・町地の称を廃止し、土地所持の身分的制限を撤廃し、上記太政官布告及び明治5年1月(日不明)大蔵省無号達・東京府下地券発行地租収納規則により、従来無税であった町地や武家地等の市街地についても、申告に基づき所有者に地券(いわゆる市街地券)を発行して、地券に表示された地価の100分の2の地租(いわゆる「旧地租」)を課すこととした。
 - 2 次に、政府は、「地所永代売買許可ニ付地券渡方規則ヲ定ム(明治5年2月24日大蔵省達第25号)」により「地所売買譲渡ニ付地券渡方規則」を定め、田畑及び農村の宅地についても地券(いわゆる郡村地券)を発行するに至った。郡村地券は、市街地券と異なり、地租と直接連結しておらず、地租徴収の前提となる全国地価の総額を把握することが目的であった。
 - 3 今日では、前述の「市街地券」及び「郡村地券」を合わせて、明治5年の干支にちなみ、「壬申地券」と呼んでいる。地券発行の手続は、発行を受けようとする者から、地引絵図、反別、地価等を申告させ、審査、確認することにより行うとされ、土地の検査や測量は行わないのを原則としていた。
 - 4 壬申地券の控え(副紙)を編綴したものが、地券大帳であり、当初地券の控えを編綴して元帳とすることが規定されていたが、まもなく雛形が定められ、地券の様式とは異なる帳簿となった。すなわち、二つ折り帳に仕立てて、半枚に2筆あて記載して地券と割印を施すこととなった。
- 4 壬申地券を発行するに当たって、公共用物や入会地など所有者を確定し難い土地をどう取り扱うかが問題となったが、①寺社郷蔵の類、埋葬地等

で所有者未定のものについては、地引絵図にその旨記載する、②村持の山林の類については、公有地券を発行した上、地引絵図上に色分けして明示するなどの応急施策が定められ、本格的な施策は、地租改正に伴う官民有区分に持ち越されることになった。壬申地券は、耕地につきおよそ半数、山林原野については、わずかししか発行されないうちに、改正地券にとって代わられることになったが、壬申地券の発行は、本格的な改租着手における準備の基礎となったといえる。

＜参考文献＞

○石川・諸問題54頁、五味高介「社寺領上知令と社寺土地処分の理論と実際
(1)」民研461号

問22 地租改正事業の実施状況は、郡村耕宅地、市街地、山林・原野で、それぞれどのような特色があったか

答 本格的な地租改正事業は、郡村耕宅地、市街地、山林・原野の順に進行した。郡村地については、人民の申告に基づき調査、測量がされ、改正地券が発行されたが、その前提となった官民有区分により近代的土地所有権が形成された。市街地については、その希少性、重要性から測量は正確で、字図も郡村地より精度が高い。これに比し、山林原野の測量は簡略で、測量していないものもあった。

解説

1 明治6年7月28日、地租改正法令が公布され、太政官布告及び地租改正条例を中核として、本格的な地租改正事業が始まり、全国の土地の実地調査・測量、地価の査定及び地券の発行が行われ、地租は地価の100分の3の定率による金納地租とし、豊凶により増減しないものとなった。

2 郡村地の地租改正

全国の土地について、明治7年の「地所名称区別改定」の基準に従って官有と民有、それぞれの各地種に区分し、民有地について所有者を確定し

た上、土地を検査し、測量した。その後、それを前提に地価を定めて地券（改正地券）が発行されたが、この地租改正においては、地租の大部分を担う郡村地が中心的な対象であった。このようにして、近代的土地所有権が形成されていった。

郡村耕宅地についての土地所有者の確定については、人民にその所持する土地を申告させ、村役人が現地に赴き、各土地の周囲の土地の所有者を集めて官有・民有の別なく所有関係を検査し、検地帳、地引帳等の村に保存されている公簿によって照合し、その結果を改租係官が検査した。調査した土地について、小村においては、一村通し番で、大村においては字を単位として、一筆ごとに番号を付した例が多い。地租改正条例細目によれば、付番の単位は、一村通し番か、地形の都合により一村を数個に区別することができるかとされていた。土地の検査、測量は、各所有者、村役人隣接地所有者立会の下に各土地の境界を確認し、各所有者は村役人の指導により各所有地を実測し、字・番号・地目・反別・所有者等を明記した畝杭という標注を立て、各所有地一筆ごとの見取図を作成して、村役人に提出した。村役人は、これらの一筆ごとの見取図を連合して一字限図及び一村限図を作成し字引帳とともに、改租係官に提出した。改租係官は現地に臨み、所有者・村の総代人らを集合させ、一つ一つの畝杭と地引帳・地引絵図とを照合し、地番の重複や脱漏のないのを確認した。丈量については、一字のうち、3、4か所ないし5、6か所を実地に検査し、大体1反歩（300歩）につき10歩（10坪）以内（3.33パーセント内）の差であれば丈量を認可した。もっとも、人民の測量が粗漏に失すると認められる場合などは、再調査を命じられた。そして、地引帳に所有者・土地の位置（字・地番）・地積、さらに地価・地租額が登載され、地引絵図（字限図、村限図）には土地の所在が表示され、両者相まって確定した。その後、地券大帳（後に、明治9年3月13日地租改正事務局別報達により、「地券台帳」と改称された。）が整理され、一筆一用紙主義により各土地について改正地券が発行されたが、それは地価が記載されたものであり、課税標準としての機能を持つものであった。

3 市街地の地租改正

市街地は、郡村耕宅地とは異なり、明治6年7月の地租改正法令の交付後も同法令は適用されず、100分の1の軽租が適用されたが、明治8年8月28日太政官布告第133号により、地租改正法令が市街地にも実施されることになった。

明治9年5月26日地租改正事務局決議・同年地租改正事務局日誌第11号によれば、従来の沽券税法施行地は市街地とされ、従来の郡村地の中の市街地の景況をなす部分の丈量法は、市街地として取り扱われた。市街地は貴重で、一寸の違いも地価に影響するので、その丈量も、最も密さを要求されるものであった。測量方法については、市街地においては、全体を測り、それを小さく分けていくという測量の大原則である方法が採られており、それは市街地の字図が郡村地の字図に比較して一般に高精度であるといわれるゆえんである。もっとも、字図の成り立ちは地方ごとに異なるので、各地方ごとに検証する必要がある。

4 山林・原野の地租改正

林野の地租改正は、郡村地、市街地より遅れて開始された。それは、地租改正が農村耕宅地を主眼としたものであったこと、林野の地租全体に占める割合が約2パーセントと低いこと、入会林野も多数存在し権利関係が複雑であったこと等による。

明治8年7月、地租改正事務局は、地租改正条例細目を定めて、山林の丈量方法を簡単に規定し、次いで明治9年3月10日地租改正事務局別報第16号達をもって、林野の地租改正につき山林原野調査法細目を達し、このころから全国的に林野の地租改正は本格化した。

深山幽谷や広漠たる山野の丈量については、周囲の間数を測り、あるいは足踏みをもって歩測し、反別（地積）を概算するというのが一般的な実態であったようであり、場合によっては、周囲の歩測も行われず、地押及び丈量検査もされていない例も皆無ではないと思われる。

<参考文献>

○石川・諸問題62頁、佐藤基次郎・明治期作成の地籍図177頁

問23 改正地券とは何か

答 明治7年の「地所名称区別改定」の基準による民有地について、所有者を確定した上、土地を検査、測量し、地価を定めて地券を発行した。地租改正事業において発行されたこの地券を改正地券という。

解説 明治6年7月28日の地租改正法令の公布により本格的な地租改正事業が始まったが（問20参照）、その内容は、改めて全国の土地を測量の上、収穫量を査定して地価を更正し、改正地券を発行する、地券調査が済み次第地価の100分の3を地租と定めるというものであった（地券発行については、地券渡方規則等に定められていた。）。既に発行されていた壬申地券（問21参照）は、土地の実測を伴わず、郡村地券のように土地所有の公証としての意味しか持たないものもあったが、改正地券は、土地実測を要件とし、地価が記載されてこれが課税の標準となったものであり、これによって郡村地券と市街地券との間の収税作用の有無による機能の差がなくなったのである。

改正地券の発行を受けようとする者は、対象物件に関する図面等を作成して、村役人に提出しなければならず、村役人は、実地に赴き、隣接地等との境界を確認した上で、字又は村単位で「字限図」を作成して、改租係官に提出し、改租係官は、自らも現地に赴き検査確認を行った。これを「地押丈量」といい、その成果として作成された改租図（字図、野取絵図などともいう。）が今日の公図の起源となっている。そして、改正地券の交付は、かかる地押丈量、点検検査の後、地租改正及び新税施行について地租改正事務局の許可を得てから、申告に基づいて行われた。

改正地券は、地券制度上、画期的な改革であり、これにより一筆一用紙主義が実質的に確立され、地券による土地取引はこれにより初めて十全の機能を発揮することができ、地券の公示作用も初めて完全となったのである。

<参考文献>

○資金・新訂版里道40頁

問24 下戻処分とはどのようなもので、その法的性質はどのように解されているか

答 明治7年の「地所名称区別改定」の基準に従って行われた、民有地としての地券発行の申請は、民有の確証がないと却下され、当該土地は官有地に編入された。このような土地につき、明治33年6月30日までの下戻申請に基づいて民有と判断された場合に私人に下げ戻した処分のことを下戻処分という。下戻しによって私人は国から土地所有権を承継取得し、下戻処分がされなかった土地は、以後官有地として取り扱われることに確定したこととなる。

解説 地租改正事業として、明治7年の「地所名称区別改定」の基準に従い、民有の確証ある土地については、民有地に編入された上、地券（改正地券）が発行されたが、民有地として地券の発行を申請したにもかかわらず、民有の確証がないとして申請が却下された場合も少なくなかった。そこで、請願規則（明治15年12月12日太政官布告第58号）に基づく官民有区分に関する不服の申立てが相次いだため、政府は、再度吟味した結果、民有と判定できるものについては、これを私人に下げ戻す処分を行うこととした。

しかし、無期限に不服申立てを許すわけにもいかないので、民法施行（明治31年7月16日）後間もなく、国有土地森林原野下戻法（明治32年4月17日法律第99号）を制定して、明治33年6月30日の経過をもって、下戻しの申請を許可しないこととした。ここにおいて、官民有区分の効力が一応確定したのである。すなわち、同法1条は、「地租改正又ハ社寺上地処分ニ依リ官有ニ編入セラレ現ニ国有ニ属スル土地、森林、原野若ハ立竹木ハ其ノ処分ノ当時ニ付所有又ハ分収ノ事実アリタル者ハ此ノ法律ニ依リ明治33年6月30日迄ニ主務大臣ニ下戻ノ申請ヲ為スコトヲ得」と規定し、さらに官民有区分未了の土地（未定地）や脱落地についても、同条ただし書において「地租改正処分既済地方ニ於ケル未定地脱落地ニ付テハ此ノ法律ノ規定ヲ準用ス」としたのである。

この法律は、時限立法ではあるが、地租改正事業の総決算を企図するものであった。この法律が制定された結果、明治33年6月30日までに申請がなく民有地と認定されなかった土地は、脱落地、未定地等に相当し、申請期間経過後は、官有地として取り扱われるというのが当時の行政解釈であった。

近代的土地所有権の成立については争いがあるが（問19参照）、いわゆる創設説が多数説である。近代的土地所有権は明治政府の立法政策として創設されたものであり、官民有区分、下戻処分等は近代的土地所有権を創設する形式的効力を有する処分であって、下戻しによって、かつてその者に属していた所有権が回復されるのではない。よって、下戻処分のされなかった土地は、以後、官有地として取り扱われることに確定したことになるのである。

<参考文献>

○資金・新訂版里道48頁、石川・諸問題77頁

問25 三田用水事件とはどういう事件か

答 三田用水事件とは、国と水利組合との間で脱落地たる三田用水の所有権が争われた事件である。近代的土地所有権の成立経緯については、裁判例の多くが創設説の立場を採るが、三田用水事件において最高裁判所は唯一自然決定説を採用した。しかし、この事件では、地租改正当時の法令や官有地編入のための基礎資料が法廷に十分に提出されなかったという特殊事情があり、脱落地についてさき先例性に乏しい。

解説

1 事件の概要

徳川幕府が白金御殿に雑用水を供するための上水路用地（以下、上水路を「本件用水」という。）を強制的に収用し、使用していたが、本件用水を廃止した。沿岸農民の請願により、幕府は、これら農民に本件用水の使用を許可したが、その際農民らは個々人間の水利関係を規制するため被告（原告・被控訴人）組合の前身である三田用水組合と称する水利団体

を設立した（明治23年法律第46号水利組合法等により、公法人たる普通水利組合となる。）。以来、被上告人組合では、本件用水を主に田畑のかんがい用に使用するなどして、管理支配していた。そこで、被上告人組合は、上告人国（被告・控訴人）等に対して、幕府から本件用水の利用権及び所有権を無償で譲り受け、これを管理してきたものであり、譲受けにより本件用水の用地（以下「本件土地」という。）の所有権を取得し、また、仮に、徳川時代は土地の譲渡禁止等の制限があったために、本件土地もこの制限により完全な所有権とはいえなかったとしても、明治5年太政官布告第50号によりこの制限が解除されたことによって、本件土地について完全な所有権を取得した旨主張し、本件土地の所有権確認等の訴えを提起した。

上告人国は、幕府が本件土地の所有権を与えたとの事実を否認した上、明治初年の地租改正に際し、本件土地については地券が発行されていないこと、当時民有の確証のない用水路は官有地に編入されることを例としていたこと、また、仮に本件土地が被上告人組合の所有であったとしても、明治初年の地租改正に際し、官有地に編入されており、被上告人組合において、国有土地森林原野下戻法に基づいて、明治33年6月30日までに本件土地の下戻申請をしなかった以上、本件土地の所有権を失ったものである旨主張した。

第一審判決（東京地判昭36.10.24訟月8巻3号415頁）は「結局、近代的土地所有権制度の導入に伴い、土地所有権を誰に帰属させるべきかについて直接に規定した立法はないから、それまで土地について最も強い支配力をもっていた者の既得権が尊重されなければならない道理である」とし、また、控訴審判決（東京高判昭42.7.25訟月13巻9号1054頁）は「本件水路敷のような土地も官、民有の区分の具体的基準が明らかにされていない以上、右の入会地の官民有区分が該当するものと解される。したがって、本件土地については、それが民有地として原審原告の所有となつたか否かは、原審原告がこれに対して前記の基準に該当するような管理支配関係にあつたか否かによつて決せられるものと解される」とし、上告審判決（最判（一小）昭44.12.18訟月15巻12号1401頁）も、控訴審の判断を維持

して上告を棄却し、結果として、近代的土地所有権の成立についての自然決定説の立場が採られた。

2 問題点

近代的土地所有権の成立については争いがあるものの、いわゆる創設説が正しいというべきである（問19参照）。三田用水事件についての各判決は、近代的土地所有権の成立過程を理解せず、官民有区分、下戻法の趣旨を正当に理解していない点で問題がある。すなわち、上記各判決は、地租改正時における客観的状況を考慮せず、ただ中央政府が布達した基本法規に限って、その主文のみ検討し、その結果、実際には自明のこととなっていた土地所有権帰属の基本方針を無視しており、また、当時において明治政府が土地所有権について持っていた公式の見解について解明していないのである。

具体的にいえば、三田用水事件についての各判決は、水路敷の官民有区分の基準がないので、入会山野の官民有区分の基準を該当させるとするが、水路敷については、それ自体の基準が存するのであるから、入会山野の基準を適用することは誤りであったというべきである。ただ、同事件においては、地租改正当時の法令や官有地編入のための基礎資料が法廷に十分に提出されなかったようである。そのため、自然決定説に立つ鑑定人の一般論に依拠した判決となった点は否めず、また、同最高裁判決は、民集にも登載されておらず、これらの特殊事情を考慮すると、同最高裁判決は脱落地についてさえ先例性に乏しいというべきである。

問26 官民有区分、下戻処分及び下戻不許可処分が無効とされる場合はあるか

答 官民有区分、国有土地森林原野下戻法に基づく下戻処分及び下戻不許可処分は近代的土地所有権を創設的に形成する行政処分であり、同法の趣旨から、当該処分に重大かつ明白な瑕疵があっても無効とされないと考えられるが、無効となるとする裁判例もある。

解説 近代的土地所有権の成立についてはいわゆる自然決定説と創設説等の争いがあるが、創設説が判例・学説の多数的見解である（問19参照）。創設説によれば、官民有区分は近代的土地所有権を創設的に形成する行政処分であり、また、国有土地森林原野下戻法に基づく下戻処分ないし下戻不許可処分は、官有から民有地への権利変動又は不変動を確定的に生じる行政処分であるということになる。

ところで、一般に、行政処分は、当該処分に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、当該処分が予定する法律効果は発生しない（最判（大）昭和31.7.18民集10巻7号890頁）ことから、当該処分にかかわる者は、だれでもいつでも出訴期間に拘束されず、当該処分の無効を主張できるとされている。

しかしながら、官民有区分、下戻処分及び下戻不許可処分について、この通常の行政処分と同様に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、処分時からおよそ100年を経過した現在でも、なお処分の無効を主張できると解することには創設説の立場からすると疑問がある。

すなわち、当初、明治4年の社寺土地あるいは地租改正の際に誤って国有地に編入されたとしても、提訴して争う方法はなく、ただ行政庁に哀訴嘆願し裁決の再考を乞うほかなかったものであり、このような絶対的決定は、明治政府では、極めて一般的な事柄に属していた（福島正夫・地租改正の研究（増補版）616頁）。その後、この行き過ぎを是正するために、請願規則（明治15年12月12日太政官布告第58号）により、知事に対して下戻しの出願が許され、この出願の拒否に対して、行政庁ノ違法処分ヲ行政裁判所ニ出訴シ得ヘキ事件（明治23年10月10日法律第106号）によって行政裁判所へ出訴する途が開かれたが、土地についての不確定な権利関係を早急に確定し、国有財産の整備及び国有営林事業計画等の障害を取り除くため、官民有区分の最終是正立法である国有土地森林原野下戻法が制定され官民有区分についての一切の紛争を処理することとされ、明治33年6月30日以後下戻しの申請すら許さないこととされている。同法4条1項は、「下戻ヲ受ケタル者ハ其ノ下戻ニ因リテ所有又ハ分収ノ権利ヲ取得ス」とされていることから、同法に基づく下戻し又は下戻判決によって初めて民有となるのであって、官民有区分の

初めにさかのぼって所有者と認められるわけではない。そのため、仮に官民有区分に重大かつ明白な瑕疵があるとの理由により、出訴期間経過後も未来永劫に争い得るとするならば、同法が明治33年6月30日までに下戻申請をしない限り、官民有区分が無効であれ不存在であれ、一切争えなくなるとの立法態度に出ているのと比較して、著しく均衡を失することになる。したがって、官民有区分に重大かつ明白な瑕疵があっても無効とはならないというべきである。

もっとも、裁判例には、官民有区分に重大かつ明白な瑕疵があっても無効とならないと明示的に判示したものはなく、逆に、その場合には無効とする裁判例がある（いわゆる旧高鍋藩里牧跡地訴訟についての東京地判昭47.4.13訟月18巻7号1051頁、判タ282号338頁、その控訴審判決である東京高判昭60.1.24訟月31巻9号1997頁、判時1140号52頁、判タ554号190頁、弘前藩分収林事件についての東京高判昭56.10.28判時1023号58頁、判タ459号63頁）。しかし、これらの裁判例は、当該事案においてはいずれも最終的に官有地編入処分や下戻不許可処分に重大かつ明白な瑕疵がない旨判示し、さらに、前掲東京高等裁判所昭和60年1月24日判決は、現時点における官民有区分なり下戻処分の無効主張を一般論としては許容しつつ、なお具体的事例では100年も過ぎた現時点で所有権を主張するのは、信義則に反すると判示している。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道58頁、倉部誠＝井上陽「地租改正に伴う官民有区分の法的性格―旧高鍋藩里牧跡地訴訟」法務省訟務局編・訟務重要判例解説1頁

問27 公図上無番地の土地は国有地か

答 公図上無番地の土地は、民有地たる確証がある土地を除き、国有地と推定される。ただし、地方分権一括整備法施行後に国から市町村に譲与された法定外公共用物は、依然として公図上無番地として残ることになる。したがって、公図上無番地の土地には、国有地と推定されるものと、市町村有地

のものと併存していることになる。

解説 公図上無番地の土地は、①明治初期の官民有区分が行われなかったために無番地であるもの、②官民有区分により官有地とされ、かつ、無番地であるもの、③民有地とされたものの公図・地図上のみ無番地であるものがある。

地租改正条例細目（明治8年7月8日地租改正事務局議定）第3章第1条本文によれば、地番は、本田畑、宅地、新田をはじめ県庁、支庁、裁判所等の敷地、社寺の上地、反高大縄場、試作地、社寺境内地、墓地、堤外不定地、池沼、山林、秣場、野地、海岸空地、諸物干場等地所の種類にかかわらず、一村所属の土地には脱漏なく、一筆ごとに付すべきものとされた。地所の種類にかかわらずとされており、例示されている地所の名称をみても、官有地にも付番すべきものとされていた。例外は、道路、畔敷、井溝敷、堤、塘、河川等で、これらの土地は番外とするとされているから、これらは無番地とされた。そして、公衆用道路、用悪水路、堤塘、井溝等が民有の場合は、民有地第三種に編入され、地券が発行されたから、地番も付されていた。

①は、脱落地又は未定地であり、官民有区分の最終是正立法である国有土地森林原野下戻法の趣旨から国有地と認められる（問28参照）。

②は、官民有区分により官有地とされ、かつ、地券が発行されず、地番も付されなかったものであり、そのような土地であるか否かは、国有財産台帳へ登録されているか否か、公図上官有地であることが明らかとなっているか否かにより判断される。

すなわち、国有地については、大正11年4月1日に旧国有財産法が施行された際に国有財産台帳に登録されることになり、現行の国有財産法32条1項も国有財産台帳の備付けを義務付けているから、無番地のままであっても、国有財産台帳に登録されている土地は国有地である。もっとも、旧国有財産法では、公共用財産については国有財産台帳の作成を要しないとされ、現行の国有財産法においてもその38条で国有財産台帳の作成は不要とされているから、国有財産台帳に登録されていないからといって官有地でないということにはならない。

次に、「地所処分仮規則」（明治8年7月8日地租改正事務局議定）第1章8条は「澤テ官有地ト定ムル地所ハ地引絵図中ヘ分明ニ色分ケスヘキコト」と規定し、改租図には、里道は赤色、河川や水路は青色で表記されることが多い（寶金・新訂版里道104頁、137頁）。もっとも、改租図が作成されたのは、明治6年から14年の地租改正作業に伴う地押丈量のときであるから、この規則が制定される前に作成された改租図もあり、それらについてはこの規則に基づいて着色されたかは問題がある。しかし、明治18年2月18日大蔵大臣訓令主秘第10号「地押調査ノ件」に基づく地押調査の際に作成された更正図は、この規則に基づいて着色されていた。そして、道路、畦畔、水路、堤塘などの敷地には、「地租改正条例細目」（明治8年7月8日地租改正事務局議定）第3章1条ただし書により一般に地番は付されておらず、官有地と認定された場合でも、「地所名称區別改定」により地券すらも発行を要しないとされていた。そのため、公図・地図上地番が付されておらず登記簿や旧土地台帳あるいは国有財産台帳に登録されていない場合でも、公図上赤色や青色に着色されていれば、その土地は国有の道路や水路である可能性が高いといえ、その土地が民有地ではないかと疑われる特段の事情がない限り、国有地と考えてよい。もっとも、国土調査法に基づき地籍調査を終えた地図は着色されておらず、そのような場合には、従前の公図を見て確認しておく必要がある。

③は、公図・地図の付番誤りやめがね地表示の欠落等のため公図・地図上のみ無番地の土地であって、民有地たる確証のある土地である。

このように、公図上無番地の土地は、③のみが民有地であり、①②は、官有地である。したがって、公図上無番地の土地は、民有地たる確証のある土地を除き、国有地と推定される（福岡高宮崎支判昭31.3.26訟月2巻5号52頁、新居浜簡判昭46.2.10訟月17巻6号915頁）。

ただし、平成12年4月1日に施行された地方分権一括整備法113条により国有財産特別措置法の一部が改正され、同法5条1項5号で、現に公共の用に供している道路、河川等のうち道路法、河川法等の公物管理法の適用若しくは準用のない公共用物で、その地盤が国土交通省（旧建設省）所管の国有財産

第3章 国有財産の形成

となっているものについては、その財産を国から市町村（都の特別区の区域内にあっては、当該特別区とする。）に譲与することとなった。そして、譲与財産は、譲与を受けようとする市町村が、原則として不動産登記法14条地図（問33参照）が整備されている区域にあってはその地図の写しにより、その他の区域にあってはいわゆる公図の写しを用いて特定すれば足りることとされたため、市町村が譲与を受けた財産は、依然として公図上、無番地として残ることになった。そうすると、公図上無番地の土地には、国有地と推定されるものと、市町村の所有となるものとが併存していることになるので、閲覧等をするときはこの点を念頭に置く必要があろう。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道45頁，56頁，105頁，建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物15頁，136頁

問28 脱落地及び未定地は国有地か

答 脱落地及び未定地は国有地と認められると解すべきである。

解説

1 脱落地及び未定地の定義

脱落地とは、明治期における官民有区分の調査対象から漏れた結果、国有地として国有財産台帳に登載されることがなく、また公図上官有地である旨の記載がない一方、民有地として認定され、地券が発行された形跡もない土地をいう。未定地とは、明治期における官民有区分の作業の終了した地方において調査対象となりながら、官民有区分未了のまま推移している土地をいい、地租改正作業の簿冊上未定地である旨がうかがわれる点で、脱落地と異なる。

2 脱落地及び未定地に対する近代的土地所有権の形成

明治初期における官民有区分を実施するための地所名称区別改定（明治7年11月7日太政官布告第120号）が制定された当時、全国の土地が同基

第1 総説

準に従ってことごとく官有地、民有地のいずれかに区分されることが予定されていた。区分の基本方針は、民有にあらざるものはすべて官有とするというものであった。そのことは、同法令の官有地第三種に関する規定が、「山岳丘陵林藪原野河海湖沼池澤溝渠堤塘道路田畑屋敷等其他民有地ニアラザルモノ」はすべて官有地に区分する旨規定していることから明らかである。

ところが、官民有区分作業が一応終了した後にも脱落地、未定地という近代的土地所有権の創設未了の土地を生じた。明治政府は、官有地に編入された土地に関する紛争を最終的に決着させるつもりで、国有土地森林原野下戻法（明治32年4月17日法律第99号）を制定したが、同法制定を契機として、官民有区分から漏れた土地に関する紛争の余地をも根絶しようと考えたようである。そこで、同法1条において「未定地脱落地ニ付テハ此ノ法律ノ規定ヲ準用ス」と定め、明治33年6月30日までに下戻手続に準じた手続を採らない限り、脱落地や未定地についても民有地編入の申請（下戻申請）を今後一切許容しないことと規定した。

我が国における近代的土地所有権の形成経緯については争いがあるが、多数説及び裁判例の多くは創設説に立脚している（問19参照）。この創設説に立脚して、脱落地及び未定地に関するこれらの規定を解釈すれば、官民有区分の最終は正立法である国有土地森林原野下戻法の趣旨によると、近代的土地所有権の創設が未了の土地である脱落地や未定地についても、下戻しの申請なく明治33年6月30日を経過した時点で、一括して官有地編入処分が擬制され、それによって近代的土地所有権が創設されたと解するのが相当と思われる。したがって、脱落地及び未定地は国有地と解すべきである。

なお、三田用水事件についての最高裁判所昭和44年12月18日第一小法廷判決（訟月15巻12号1401頁）は、脱落地たる水路について、自然決定説を採用しているが、その特殊事情から、先例性がないというべきである（問25参照）。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道54頁

第2 社寺領

問29 近世における社寺領（寺社領）とは何か

答 寺院又は神社が、幕府（将軍）又は諸大名（藩主）から、あるいはその他の由緒により領知権（租税徴収権を中心とする公法上の支配権）を付与された土地をいう。

解説

1 幕藩時代においては、幕府・朝廷のための直轄地である御料と、藩領・旗本領・公家領などの私領のほか、社寺領が存在した。社寺領とは、寺院又は神社（寺院と神社を一括して明治維新後間もなく「社寺」と呼ぶようになったが、維新前は、「寺社」と呼んでいた。）が、幕府（将軍）あるいは諸大名（藩主）から、あるいはその他の由緒により領知権（租税徴収権を中心とする公法上の支配権）を付与された土地をいう。寺社が所領土地と人民に対して封建的支配を行っていた土地といえる。

2 幕藩時代の寺社領は、朱印地、黒印地及び除地があった。朱印地とは、幕府の朱印状等により寺社に領知権が付与された土地をいい、黒印地とは、藩主の黒印状により付与された土地をいい、除地は、その他由緒により寺社の支配が認められて検地の対象から除かれた土地をいう。

幕府が寺社に領知を付与するときは判物（将軍が書判（花押）を自署したもの）又は朱印状によった。判物は、門跡寺院や日光東照宮などの格式の高い寺社に対して用いられたが、これらも「御朱印地」と呼ばれ、その性質は、朱印地と変わらない。また、江戸時代初期には幕府が黒印状により領知権を付与するものもあったが、黒印状と朱印状は色が異なるのみで、性質、効力に差はない。

藩主が寺社に領知を寄附する場合にはおおむね黒印状によった。藩主が寺社に寄附した土地は藩主の領分の内から適宜寄附したもの、すなわち、藩主に与えられた領知の田畑に含まれているものと、その田畑とは別の本

来的な意味の除地の場合とがあるが、両者の違いは、版籍奉還によって黒印寺社領が消滅したかどうかの問題を生じる。

豊臣時代から既に認められていた寺社領を、江戸時代になって大名が黒印状により保証したものは、その大名自身の領知する石高に含まれていないから、明治初年の版籍奉還の対象とならず、社寺領上知令の対象となり、その補償たる半租及び通減禄給付の適用を受けた。

<参考文献>

○五味高介「社寺領上知令と社寺土地処分の理論と実際(1)」民研461号41頁

問30 社寺領は、どのようにして国有地に編入されたか

答 いわゆる社寺領上知令により上知されたこと等により国有地となった。

上知の対象となったのは、現境内を除く旧社寺領である。

解説

1 社寺領の解消

明治政府は、版籍奉還の後、社寺領についての封建的支配（問29参照）も解消すべく、いわゆる社寺領上知令（明治4年1月5日太政官布告第4号「社寺領現在ノ境内ヲ除クノ外土地被仰出土地ハ府藩県ニ管轄セシム」）を公布した。その内容は、従来の社寺領のうち、現境内（上知を免れた現在の境内を指す。）を除くすべてを上知するというものであり（現境内のほか寺院の旧境内にあった墓地（共同墓地）も上知の対象から除外されたようである。五味後掲465号31頁）、現境内以外の土地である山林、田畑、宅地等はすべて上知されることとなった。

旧社寺領有地に係る所有者の決定は、まず現境内とそれ以外の土地（現境外地）との区別を行い、しかる後、現境外地として上知されたものについては官有地第三種とされた（旧朱黒印除地の現境外地は、上知により官有地になったとする裁判例として、大阪高判平2.2.16判タ741号159頁。

1. The first step in the process of creating a new product is to identify a market need. This can be done through market research, which involves gathering information about the target market and its needs. Once a market need has been identified, the next step is to develop a concept for a new product that addresses this need. This concept should be based on the market research and should be designed to meet the needs of the target market. The concept should also be feasible, meaning that it can be developed and marketed within the company's resources. Once a concept has been developed, the next step is to create a prototype of the product. This prototype should be used to test the concept and to gather feedback from potential customers. Finally, once the concept has been tested and feedback has been gathered, the next step is to develop a business plan for the new product. This plan should outline the costs of development and marketing, as well as the expected sales and profits. Once a business plan has been developed, the company can then proceed with the development and marketing of the new product.

これに対し、京都地判平2.9.27松月37巻11号972頁は、上知自体によっては土地所有権は確定しないとした。)。その上で、社寺領土地跡地処分規則等によって改めて払下げ等が行われて、民有地となったものも少なくない。

ごく初期においては、境内地は本殿などの建物の雨垂れの落ちる範囲という極めて狭い範囲に定められた時期があったが、明治6年8月8日太政官布告第291号によって是正され、境内が狭いのために祭礼に差し支えることのないように是正されている。そして、この方針は、明治8年6月29日地租改正事務局乙4号達「社寺境内外区画取調規則」に引き継がれ、境内としては、祭典法要に必需の場所を区画すべきものとされ、明治9年3月29日「社寺地処分心得書」(地租改正事務局別報19号)において境内地と境外地の区別の基準などが詳細に定められるに至った。

なお、現境内であっても、それ自体が官民有区分によって、官有地第一種の「神地」、同第三種の「堂宇敷地」又は「墳墓地」、同第四種の「寺院」に編入された土地等であれば、上知するまでもなく国有財産となった(前掲大阪高判平2.2.16参照)。

2 上知された土地の処分

(1) 上知跡地処分

明治政府は、上知された土地すなわち田畑・宅地・開墾地などの境外地の処分については、①幕藩時代に百姓の所持が認められていた土地(人民名受けの田畑で貢租のみ寄附しているもの)であれば、その農民を土地所有者とする、②旧幕府・旧領主が寺社に対して、寄附(寄進)している土地であれば、いったん、官有地とした上、払下げ・下渡しを行うとの方針で臨んだ。このような土地には、百姓持地のまま貢租を得させるため寄附されたものと百姓の所持を離して貢租・作徳の一切を得させるため寄附されたものがあった。後者については、社寺が進退していても、社寺への無代下渡しは認められず、相当代価による払下げによらなければ社寺は所有権を取得しなかった(明治7年内務省達乙第43号第3条、地所処分仮規則第7章第2節第1条、五味後掲468号23～37頁参照)。

上知された境外地については、下渡し、家禄奉還士族などへの払下げなどが行われた(以下「上知跡地処分」という。五味後掲は、「社寺上知跡地処分」と呼んでいる。)。このような上知跡地処分の期限は、当初明治8年2月とされたが、最終的には明治9年12月25日がその期限とされた(詳細は五味後掲467号24頁)。一方、上知されたまま、払下げや下渡しの対象とならなかった土地の中には、地所名称区別改定(明治7年11月7日太政官布告第120号)に定める官有地第三種の「山岳丘陵林藪原野河海湖沼池沢溝渠堤塘道路屋敷等其他民有地ニアラサルモノ」や「民有地ニアラサル堂宇敷地及ヒ墳墓地」などで地券を発せず、地租を課せず、区入費を賦さない土地として国有地に編入されたものもあった。

(2) 上知された土地の返還

社寺領上知令に引き続いての上知による官有地への編入に対しては、これを不服とする寺社側からの下付申請が跡を絶たなかった。その期限は明治9年12月25日とされていたが、その期限経過後も余儀ない事情があるときは個別にこれを認める指令がされていたところ(五味後掲469号27ないし29頁、491号47ないし49頁参照)、結局、国有土地森林原野下戻法により、上知跡地処分によって官有に編入されて現に国有である土地について、上知の当時所有の確証があるときは、その下戻しが明治33年6月30日を最終期限として認められた。ただし、上知されて国有となった土地が現に御料に属する場合の下付申請は「御料地及立竹木下付規程」(明治33年5月24日宮内省告示7号)により明治34年6月30日を最終期限とした。

その後、旧国有財産法(大正10年法律第43号)24条において、国有境内地の無償貸付けの規定が設けられ、さらに、昭和14年4月、「寺院等ニ無償ニテ貸付シアル国有財産ノ処分ニ関スル法律」(同年法律第78号)が制定された。その後、この法律が全面的に改正され、寺院等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律(昭和22年法律第53号)によって、①社寺上知、地租改正、寄附又は寄附金による購入によって国有となった土地で、②現に社寺等(神社、寺院又は教会)に無償で貸し

付け、あるいは保管させてあり、③宗教活動に必要なものは、法律施行後1年以内に申請したときは、無償で寺社等に還付することとなった。

なお、旧国有財産法においては、官有の神社境内地は公用財産とされ、官有の寺院境内地は雑種財産とされていたが、現行国有財産法により、国有の境内地は神社境内地も寺院境内地も普通財産とされた。

<参考文献>

○五味高介「社寺領上知令と社寺上地処分の理論と実際」(1)ないし(10)民研461号30頁、462号28頁、464号21頁、465号21頁、467号24頁、468号23頁、469号22頁、471号31頁、475号17頁、毛塚五郎編「近代土地所有権—法令・論説・判例」259頁

第3 入会権

問31 入会権とはどのような権利か

答 入会権は、一定地域の住民又は村落共同体が一定の山林原野等において、雑草、山菜、薪炭用材等を採取するなどして、共同して収益する慣習上の権利であり、入会権者の権利が、入会地の地盤に及ぶか否かにより、その性質が異なる。

解説

1 入会権は、一定地域の住民又は村落共同体が一定の山林原野等において、雑草、山菜、薪炭用材等を採取するなどして、共同して収益する慣習上の権利であると定義する見解が一般的である(我妻榮・新訂物権法427頁等)。

これに対し、入会権に基づく収益の限られた一部分しか視野に入れておらず、収益行為をしないこともあり得る共同所有の一形態であることを無視している上、入会権の最も本質的な要素である権利の総有的帰属が明確にされていないことから、入会の実態に適合しておらず、入会権の一部分しかカバーしていないと批判し、より広く概念規定することを提唱して、入会権とは、村落共同体若しくはこれに準ずる共同体が土地(主として山林原野であるがこれに限らない。)に対して総有的に支配するところの慣習上の物権であると定義する見解(川島武宜・注釈民法(7)510頁、中尾英俊・入会林野の法律問題(新版)45頁も同旨)も有力である。

民法は、入会権に関しては2か条しか設けず、共有の性質を有する入会権については各地方の慣習に従うほか共有に関する規定を適用し(民法263条)、共有の性質を有しない入会権については同様に各地方の慣習に従うほか地役権に関する規定を準用する(民法294条)と定めている。共有の性質を有する入会権であるか否かを決定する基準は、入会権者の権利が地盤所有権にまで及ぶか否かにある(大判大9.6.26民録26輯933頁)から、

入会地の地盤が当該村落共同体に属するときの権利関係は総有であり、他人所有の地盤に入り会うときの権利関係は用益物権としての入会権の総有的帰属（準総有）である。そして、いずれの性質を有する入会権も、民法の規定がそのまま適用又は準用される余地はほとんどなく、専ら旧来の慣習によって成立、存続、消滅するのであるから、慣習にゆだねられた（慣習法上の）権利であるといつてよい。

- 2 入会権の内容は、村落共同体が入会権を総体的に処分又は管理するための包括的かつ一般的な権能と、これを構成する個々の住民が前述のような内容の入会権により用益するための個別的かつ具体的な権能とに分かれる。そして、この権能の発現として、村落共同体は、対外的に入会権の存在を主張し、第三者からの侵害に対しても、その排除を求めることができるばかりでなく、具体的に収益権を侵害された個々の住民も、団体とは独立して侵害の排除を求めることができる。そして、前者の例としては、入会権を否定する者に対して、入会権の確認を求め、その地盤所有権を主張して土地所有権移転登記手続を求め、入会権の行使に対する妨害の排除を求めることが考えられ、後者の例としては、自己の固有の収益権を妨害された住民が妨害者に対してその排除を求めることが考えられる。
- 3 村落共同体が有する入会権の法的性質は総有ないし準総有であるから、第三者に対して入会権の確認を求めたり、その地盤につき所有権移転登記手続を求めたりするには、入会権者全員でこれをしなければならず、個々の住民が個別的にこれを訴求することは許されないというべきである（固有必要的共同訴訟）。最高裁判所昭和41年11月25日第二小法廷判決（民集20巻9号1921頁）は、「入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴は、権利者全員が共同してのみ提起しうる固有必要的共同訴訟というべきである」として、入会権者のうちの一部の住民により提起された訴えを原告適格を欠くものとして却下している。もっとも、村落共同体が法人格を有する団体である場合には、当然、その名において訴えを提起することができる。
- 4 また、住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場

合には、当該団体が構成員全員の総有に属する不動産についてこれを争う者を被告とする総有権確認訴訟を進行する原告適格を有するものと解される。ただし、判例は、その場合でも、総有権確認請求訴訟についてされた確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶものであり、当該団体が敗訴した場合には構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらすことになる上、入会団体の代表者の有する代表権の範囲は、団体ごとに異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものとは考えられないから、その代表者が訴訟を進行するには当該団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するとしている（最判（三小）平6.5.31民集48巻4号1065頁）。

- 5 これに対し、入会部落の構成員が入会権の対象である山林原野において入会権の内容である使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であって、入会権そのものについての管理処分の権能とは異なり、各自が単独で行使することができるものであるから、この使用収益権を争い又はその行使を妨害する者がある場合には、各自が単独で、その者を相手方として自己の使用収益権の確認又は妨害の排除を請求することができる（最判（一小）昭57.7.1民集36巻6号891頁）。

<参考文献>

○中野・国財実務360頁

問32 入会権が認められるのはどのような場合か

答 明治初期の山林原野等の官民有区分以前から一定地域の住民ないし村落共同体が入会慣行を有しており、官民有区分以後現在までその入会慣行が存続している場合に認められる。

解説 もともと入会権は、近代的土地所有権が確立する以前から存在していたものであり、土地の現実的な利用と密着した権能であったが、明治初期における地租改正やその過程で実施された官民有区分により地盤の所有権が

第3章 国有財産の形成

整理され、その帰属が決定されるとともに、再編成され、国有地入会、公有地入会及び私有地入会に分類されるに至った。そして、国有地入会に関しては、国の側からそもそも官民有区分によって国有地に編入された林野の入会権は消滅した旨の主張がされたことから、判例においてもまずこの点が問題とされた。大審院は、当初国有地上に入会権が存在することを認めていた（大判明31.5.18民録4輯5巻35頁）が、後に、「地租改正処分ニ於テ官有地ニ編入セラレタル土地ニ対シ従前慣行ニ依リ村民ノ有シタル入会権ノ如キ私権関係ハ改租処分ニ依リ官有地編入ト同時ニ当然消滅ニ帰シタルモノニシテ斯ノ如キ私権関係ノ存続ハ法律上全然認許セラレサルモノトス」と判示して、否定説を採用した（大判大4.3.16民録21輯328頁）。しかし、この見解に対しては、地租改正の諸法令は、地盤所有権の帰属に関するものであって、その上の入会権等については何ら規定していないとして反対する学説が多かった。

そこで、最高裁判所昭和48年3月13日第三小法廷判決（民集27巻2号271頁）は、地租改正作業の一環である官民有区分は官有地に編入された土地に従前入会慣行があった場合には、その入会権は所有権の確定とは関係なく従前どおり存続することを当然の前提としていたのであるから、明文をもって規定されていない限り入会権が当然に消滅したものと解することはできないことなどを理由に、前記大審院判例を変更し、明治初期の山林原野等の官民有区分によって官有地に編入された土地についても入会権が存続することを認めるに至った。

また、国有地について、入会権を認める場合には、行政財産につき私権の設定を禁止する旨の規定（国有財産法18条1項）との関係が問題とされる。この点については、国有林野は現行国有財産法上の分類では企業用財産に属するが、この規定は新たに権利を設定する行為を禁止するだけであって、従前から存在していた権利まで否定する趣旨ではないと解される。前掲最高裁判所昭和48年3月13日第三小法廷判決も、同項の規定が前述のような解釈をする妨げとなるものではない旨判示している。

ただし、官有地への編入により入会権が消滅しなかったというだけで直ち

第3 入会権

に現在存続しているとはいえない。入会権の内容は専ら地方の慣習によって定まるのであるから、社会的経済的環境の変化に応じてその慣習が変わってくることもあり、ひいては、入会権が解体消滅したとみるべき場合もある（小倉・後掲442頁）。

<参考文献>

○中野・国財実務360頁、小倉頭・最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度430頁

第4章

国有財産訴訟と地図・図面

第4章 国有財産訴訟と地図・図面

問33 登記所備付け図面の種類とその性質はどのようなものか

答 登記所に備え付けられている図面は、①現地復元性を有する14条地図、②土地の位置、形状及び地番を表示する機能がある地図に準ずる図面(公図など)、③面積積算機能及び現地特定機能を有する地積測量図がある。

解説

1 14条地図

不動産登記法14条1項(旧17条)は、「登記所には、地図及び建物所在図を備え付けるものとする。」と規定しているが、同条に規定された地図が登記所備付け地図又は14条地図と呼ばれている(以下の記述では「14条地図」という。)

14条地図となるものとしては、国土調査法20条1項の規定により登記所に送付された地籍図(不動産登記規則10条5項)、土地改良登記令5条2項3号又は土地区画整理登記令4条2項3号の土地の所在図などがある。そもそも14条地図は、登記された土地が現地のどの土地であるかを特定することにとどまらず、登記された土地の筆界が何らかの理由で不明になった場合あるいは境界紛争が生じた場合においても、地図から各土地の筆界を現地において現実を示す能力すなわち現地復元能力を有するものでなければならないとの考えに基づき、14条地図を作成するための測量について、不動産登記規則10条3項は、地球上の位置関係が明確である基本三角点等を基礎とするとともに、同条4項は一定の精度を保持するものとした。また、同規則13条は、地図に、平面直角座標系の番号又は記号、基本三角点等による土地の位置関係及び精度区分等を表示すべきものとしている。

したがって、問題となっている土地について登記所に14条地図が備え付けられているときは、これに基づいて現地の境界を復元することが可能である。

2 地図に準ずる図面

地図に準ずる図面とは、登記所に14条地図が整備されるまでの間、14条地図に代えて備え付けられている図面であり（不動産登記法14条4項）、一筆又は数筆の土地ごとに土地の位置、形状及び地番を表示するものである（同条5項）。

地図に準ずる図面の多くは旧土地台帳附属地図であるが、これには、①明治時代に地租徴収のために作成された地図（地租改正事業の成果として作成された地図（地租改正図（改租図、字図、字限図又は字切図ともいわれており、測量技術も未熟で団子絵図（談合図）的なものが多く一般にこれらを野取絵図とも称される。）、及びその後地租改正図を基礎として作成された地押調査図（更正図ともいわれる。）の（こと）、②旧土地台帳法施行当時、税務署ないし登記所に新たに備え付けられた旧耕地整理登記令3条3号による整理確定図等がある。また、旧土地台帳法が廃止された後に新たに登記所に備え付けられたが14条地図として備え付けられていない地図として③国土調査法20条の規定により送付された地籍図、④土地区画整理登記令5条2項3号の土地の所在図、⑤土地区画整理登記令4条2項3号の土地の所在図等がある。

このように地図に準ずる図面には各種のものがあるが、その作成目的、作成時期が異なり、精度を異にしている。したがって、これらの地図を利用するには、登記所への備付けの経緯を把握する必要がある。

なお、公図とは、旧土地台帳附属地図の総称である（問34参照）。

3 地積測量図

測量の成果を地図に描画する場合にはトレース誤差が生じ、紙は時の経過によって伸縮する。また、500分の1の縮尺（不動産登記規則10条2項）による14条地図に0.1ミリメートルの細線で描画した筆界線を現地に復元すると10センチメートルの幅になる。一方、境界線とは境界点の連続する集まりであるところ、「線」とは位置と長さだけで幅も厚さもないものといい、「点」とは、位置だけあって面積を有しないものをいう。したがって、筆界線は観念的には「線」であるが、仮に測量誤差等が全く存在しな

いとしても、地図としての宿命から、地図に基づいて現地を「線」として復元する（復元のための測量にも誤差が生じる。）ことは不可能である。

そこで、申請情報（不動産登記法18条）中の地積の表示に間違いのないことを明らかにする（面積積算機能）とともに、登記された一筆地の現地における特定を可能ならしめる（現地特定機能）ため、土地の表題登記（不動産登記令別表の4の項添付情報欄口）、地積の変更若しくは更正の登記（同表の6の項添付情報欄）又は土地の分筆の登記（同表の8の項添付情報欄イ）を申請する場合には、原則として250分の1の縮尺という地図よりも縮尺が大きい実測図すなわち地積測量図を提供すべきこととされている。また、地図若しくは地図に準ずる図面に表示された土地の区画又は位置若しくは形状に誤りがあるときの訂正の申出（不動産登記規則16条5項2号）をする場合、あるいは地積測量図の訂正の申出（同規則88条2項）をする場合にも、地積測量図を提供しなければならない。

このようにして登記所に提供された地積測量図は、登記記録、地図及び土地所在図と同様に、永久に保存される（同規則28条12号）。

地積測量図は、隣接地所有者との境界確認手続を経た上、現地に臨んで実際に測量した成果であるから、地図よりはるかに正確である上、これには作成者名が記録されているから、作成者が、当該地積測量図を測量・作成した当時の資料を保管しており、あるいは作成した経緯などを記憶しているなどのときは、当該地積測量図に基づいて現地を復元してもらえば容易に境界を明らかにすることが可能である。また、地積測量図に境界標識が描画されていて、現地にもその境界標識が現存している場合には、他の測量技術者に依頼しても容易に境界を明らかにすることができる。

このように、地積測量図は、地図に比べて境界についての資料価値がはるかに高いにもかかわらず、境界確定訴訟あるいは土地の所有権確認訴訟等においては、地図に比べて活用が少ないようであるが、境界確定訴訟において境界を調査する場合には、登記所に保管されている14条地図あるいは地図に準ずる図面のみならず、地積測量図の保管の有無を調査の上、これの有効利用を図る必要がある。

<参考文献>

○中野・国財実務540頁、藤原勇喜・公図の研究四訂版3頁

問34 公図とは何か

答 公図とは、旧土地台帳附属地図の総称である。

解説

1 公図は、旧土地台帳附属地図の総称である。この旧土地台帳附属地図の大部分は、地租改正事業（問22参照）の補正事業である地押調査に際し、地租の根本台帳たる土地台帳の附属地図として作成された地押調査図（更正図）である。そして、地押調査図は、歴史的な性格としては、近代的土地所有権制度を創設し、全国の土地区画及び土地相互の境界を形成した地租改正に際し作成された改租図の更正地図に位置づけられるものである。

しかし、地押調査図は必ずしも全府県にわたって新規に作成されたものではなく、また、明治6～14年の地租改正作業で作成された改租図も、新規に作成された府県が多いが、明治5～6年の壬申地券交付作業で作成された地引絵図を土台にして地図調製を行った府県もあるなど必ずしも取扱いが一致していない。

したがって、地押調査図の作成手法についてはその正確性は実際には様々であるが、地押調査図は、地押調査において地租改正事業の補正事業を行い、補正された地租改正の成果を前提として、各土地の状況を正確に固定するのを意図した地図（地籍図）であるから、地押調査図は、我が国の土地区画が定められ、同時に各土地相互の境界も形成された際に作成された原始記録であり、直接証拠であると評価し得るものである。官民境界確定訴訟において、ほぼ例外なく公図が証拠資料として提出され、一つの基礎資料として検討される理由の一つにはこのような点があるものと思われる。

2 しかし、公図は、官民境界確定訴訟においては、証拠として重要な機能

を果たすものではあるが、上述の公図の作成経緯からすると、公図を同訴訟の証拠資料として利用するに当たっては、それぞれの公図の一般的な作成過程及びその特徴を理解し、また、あわせて府県の独自の特徴を検討した上で、その証拠価値を判断し、対応する必要がある（問36及び問95参照）。

<参考文献>

○中野・国財実務558頁

問35 公図の縄延び・縄縮みとはどのようなものか

答 縄延びとは、公簿面積が実測面積よりも少なくなったものであり、縄ちぢみとは、逆に公簿面積が実測面積よりも大きくなったものである。

解説

1 縄延びについて

(1) 縄延びの意味及び原因

明治6年に施行された地租改正事業（問22参照）は、旧幕府時代からの石高制による物納賃租の制度を廃止し、地価を課税標準とする金納定額の地租制度を採用するため、全国の各土地について、地押、丈量等の調査を行い、その際明治政府は、官吏が直接村内に出張して1筆ごとの土地の調査をするという従来の検地の方法を探らず、すべて人民の手で測量を行い、官吏がこれを検査するという方法を探った。

そこで、反別（面積）を過少申告すれば、その分だけ地租の納付を減額できるところから、その際の測量には各種の節税対策が講じられ、人民は、丈量に当たって、例えば、間縄（1間ごとに金属の輪で印を付けた測量用の縄）の1間の距離を真の1間の距離より長く目盛って距離を測れば、真実の距離より短い測量成果を得ることができるとして、ま延びした間縄を用いて測量したり、また、距離を測る場合、境界に立って、間縄を持った手を延ばして距離を測れば、その延ばした手の長さ分

だけ短い測量成果を得ることができ、さらには、縄だるみと称して、間縄を張って測量する場合、間縄がその重さでたるむ結果、そのたるんだ分だけ水平距離よりも長く測定されるため、あらかじめ当該たるみ分を差し引く等の方法により土地の面積が少なくなるよう操作した。しかも、このように操作した測量の成果に対する官吏の検査も、耕地においては1反につき10歩内外のものは可とした（明治8年7月8日地租改正事務局議定「地租改正条例細目」第2章第7条）。

以上のような経緯の結果、公簿面積が実測面積よりも少なくなったものをいわゆる縄延び（縄伸び）と呼んでいる。

なお、このような大幅な測量誤差が規定上認められていた理由は、明治維新政府にあつては、早急に全国的に地租改正事業を行う必要があつた上、いまだその政治的基盤が脆弱であつたため、ある程度これを黙認せざるを得なかつたこと、測量経験のない人民が測量したものであることのほか、徳川幕府時代の「丈量に関する例規」によると、検地には「縄だるみ」、「縄心（引）」、「畔際引」、「蔭引」等と称する丈量の際の温情的丈量方法が規定されていたため（徳川幕府県治要略176頁「丈量に関する例規」参照）、地租改正事業の際にもこのようなことが配慮されていたと考えられている（新井克美・公図と境界308頁参照）。

(2) 縄延びのある土地

いわゆる縄延びとは、以上述べたことにより生じたものであると考えられることから、一般的には、これがあると認められる土地は、

- ① 明治初期から存する土地で、その後、分・合筆の經由されていないもの（登記簿上の地番表示が本番のみで枝番の付されていないもの）
- ② 分・合筆の經由された土地にあつては、枝番が1であるもの及び本番のみの土地又は支号が1である土地を合筆しているもの（この経緯は、登記簿中表題部及び旧土地台帳の記載により調査することができる。）

である。

したがって、上記以外の土地（例えば、旧耕地整理法による換地処分

が行われた土地、いわゆる台帳・登記簿一元化後に分筆された土地、又は土地の表示の登記が經由された土地等）については、縄延びはないのであるから、これらの土地について大幅な地積の増加を伴う地積の更正の登記を安易にするのは相当ではないといわれている。かかる土地にあつては、一般的には、単なる測量誤差があるのみである。

もっとも、いわゆる登記簿・台帳一元化前の分筆の登録にあつては、いわゆる図上求積による申告がかなりあつたようであるから、このようなものについては、分筆後の土地についても縄延びがある場合と同様の現象を生ずることも考えられる。

また、土地台帳上、分筆の登録が經由されている場合、分筆後に設けられた土地台帳上の地積表示は実測面積が記載され、分筆残地についての面積は、従前の地積からの差引計算によっている例が多いところから、分筆後に設けられた土地台帳上の地積にあつては縄延びは存しないが、分筆残地にあつては縄延びが存するものと考えられる。

例えば、1番の土地を分筆した場合における分筆後の土地の地番は、従前から存する土地が1番1となり、分筆後の土地の地番は1番2となる（不動産登記事務取扱手続準則67条1項4号）ところから、分筆によって新設された土地台帳であるか否かは、当該土地の地番の枝番表示によって明らかになる。そして、分筆によって新設された旧土地台帳上の地積表示は実測面積が記載され、分筆残地についての地積表示は差引計算によっている場合には、1番1の土地には縄延びが存するが、1番2の土地には縄延びが存しないことが、地番の表示によって直ちに分かることも考えられる。しかし、例えば、1番2の土地と2番の土地とを合筆した場合における合筆後の土地の地番は、1番2となる（同項6号）から、この場合の合筆後の1番2の土地には2番の土地についての縄延び分が含まれていることになる。したがって、1番（これを本番又は親番と称している。）2（これを枝番又は支号と称している。）のように、本番に枝番が付されている場合であっても、旧土地台帳を調査の上、合筆の有無を確認しなければ、当

該土地について、縄延びが存しない土地と即断することはできない。

もっとも、分筆申告の際に、分筆前の土地について実測の上、その縄延び分を分筆後の双方の土地に按分して配分した場合、また、分筆申告書に添付した地積測量図又は地形図が実測をせずに机上によるものであった場合もあり、結局、分筆の経緯のある土地については縄延びの存否は不明ということになる。

(3) 縄延び率

地租改正事業においては、地租を徴収するために、土地所有者（納税義務者）各自が自己の責任において、1筆の土地ごとに測量し、この際には、各村（これは、おおむね1枚の公図の描画されている地域である。）ごとに、村役人等が立ち会った上で測量したのであるから、1枚の公図に描画されている各筆の土地の縄延び率は、測量技術の問題はあるが、おおむね同一のものと理解するのが合理的である。

そこで、問題となっている土地についての縄延び率を把握する場合には、当該土地のみで判断するのではなく、当該土地についての公図に描画されている他の土地との関係をも留意することが重要である。ある土地については縄延びがないのに、その隣地には3～4割の縄延びが認められるというようなことは考えられず、かかる場合には、これらの土地の境界の認定に誤りがあるとするのが合理的である。

なお、分筆残地についての土地台帳上の地積表示は、差引計算によっている例が多いため、分筆の登記が経過されている土地についての縄延び率は、分筆前の土地の地積について算出すべきである。例えば、当初の公簿地積が500平方メートルであった土地が、分筆登記の結果、残地部分が10平方メートルとなっているような場合において、これの実測面積が110平方メートルであるときは、11倍ではなく、当初500平方メートルであった土地が100平方メートル増加している（公簿地積500平方メートルの土地の実測面積が600平方メートルとなった。）のであるから、2割の縄延び率となる。

2 縄縮みについて

以上述べたように、公簿地積には、一般的にはいわゆる縄延びが認められるのであるが、中には、いわゆる縄縮みがあるものもある。

これは、明治9年3月10日地租改正事務局別報第16号達「山林原野調査法細目」1条2節において、「山岳ハ斜面側面ニテ縦横ノ間数ヲ量リ反則ヲ算出スヘキモノトス」と規定されていることから、傾斜地については、水平距離ではなく斜距離によって測量をしたものがあるところから、公簿地積が実測面積より多くなっているものであろう。

また、平たん地においても、田、畑等の耕地で小作地の場合には、地主が、地租を多少多く納めても、小作料をそれ以上に徴収することができるとして、地租改正事業の丈量の際に故意に公簿面積を多くした事例もあるようである。

<参考文献>

○中野編・国財実務571頁、新井克美・公図と境界307頁

問36 裁判例における公図の評価はどのようなものか。

答 公図は、一般的には、境界が直線であるか否か、ある土地がどこに位置しているかといった定形的なものは比較的正確であるが、距離・角度といった定量的なものは不正確なものであり、公図上の距離・角度から直ちに境界を確定することはできないとするのが裁判例の一般的評価といえる。

解説

1 公図（問34参照）は、租税徴収資料として作成された沿革や当時の測量技術の未熟さから、それだけでは現地復元性はなく、距離、角度などは不正確であるが、境界が直線であるかそうでないか、あるいはどんな曲線での方向なのかというような地形的なものは比較的正確であるとされている（村松俊夫・境界確定の訴〔増補版〕20頁）。

もっとも、裁判例の中には、公図は、それだけでは係争土地の現地復元力を有しないし、裏付けとなる物的人的証拠がない以上、本証、反証とし

ての証拠価値はないとするものもある（東京高判昭62.8.31判時1251号103頁）。

- 2 同じく公図といっても様々なものがあり、その正確性も様々である。例えば、地押調査図だけを取り上げても、すべてに共通する特徴を抽出することにはかなりの困難を伴うものの、公図はある程度典型的にその性格を把握することができるし（例えば、市街地、郡村地、林野の別など）、当該公図の作成時期・作成手法が判明すれば、その精度についてもある程度知ることができるであろう。公図の一般的な作成過程を念頭に置きつつ、必要に応じてその性格や精度を個別的に検討していけば、公図は依然として境界確定訴訟において重要な証拠たる価値を失わないと思われる。
- 3 境界確定訴訟における公図の証明力に関する主な裁判例としては、次のものがある。

① 水戸地方裁判所昭和39年3月30日判決（下級民集15巻3号693頁）

「一般に、公図は、もともと測量技術が未だ十分に発達していなかったときに、一筆の土地ごとに測量して作成した図面をよせ集めてつくられたものであるため、各土地の関係位置などの点は大体において正確だとしても、各筆の土地相互間の境界線の細部の形状などについてはかなり大まかに記載されていて、必ずしもあてにならない場合も少なくないように思われるから、土地の現況その他境界の確定に当たって實際上重視される客観的な資料がいろいろ存在する場合に、たまたま一方の主張する境界線の形状が公図上の境界線の形状により類似するというだけで、他の資料を一切無視して直ちに一方の主張を正当とみなすことは、到底妥当といえない。」

② 東京地方裁判所昭和49年6月24日判決（判時762号48頁）

「公図は土地台帳の附属地図で、区割と地番を明らかにするために作成されたものであるから、面積の測定については必ずしも正確に現地の面積を反映しているとはいえないにしても、境界が直線であるか否か、あるいはいかなる線でどの方向に画されるかというような地形的なものは比較的正確なものといえることができるから、境界確定にあたつて重要

な資料と考えられる。したがって、公図と現況とを対照して境界をみる場合は、両者が一致するような線が境界としてより合理性があるといえることができる。」

③ 山梨簡裁昭和53年5月30日判決（判時937号100頁）

「公図は区画と地番とを明らかにするもので、土地台帳法施行細則第2条によつて土地台帳に附属されたものであるが、実際の作成は明治6年地価台帳制を施行した当時、数年かかつて作成された図面が引継がれたものであることは裁判所に顕著な事実であり、この図面は測量技術の不完全から現在不正確な面もみられるが、境界が直線であるか、そうでないか、或は曲線か、どの方向なのか、というような地形的のものは比較的正確で、距離角度などの点に不正確さが強く表われているといわれている（中略）。そうすると、土地の現況、その他境界に当つて實際上重視される客観的な資料が存在する場合に、たまたま一方の主張する境界線の位置が公図上の筆界線の位置に類似するというだけで、他の資料を一切無視して直ちに一方の主張を正当とみなすことは到底妥当といえない。」

④ 東京高等裁判所昭和53年12月26日判決（判時928号66頁）

「公図は実測図と異り、線の長さ、面積について正確を期待できないことはいうまでもないが、各筆の土地のおおよその位置関係、境界線のおおよその形状については、その特徴をかなり忠実に表現しているのが通常である。」

⑤ 名古屋地方裁判所昭和53年9月22日判決（下級民集29巻9～12号276頁、判タ373号93頁）

「従来公図といわれているものは、明治初年、地租改正の際、短期間にしかも当初の幼稚な測量技術に基づいて作成せられたうえ、その目的が地租の徴収にあつたと考えられていたため、田畑については実際に測量が為されたであろうが、収入のない山林などではそれと同じように測量が為されたとは考えられないところから、境界が直線であるか否か、ある土地がどこに位置しているかといった定型的なものは比較的正確だ

としても、距離・角度といった定量的なものは不正確なものであり、従つて、公図上の距離・角度から直ちに境界を速断することはできないのである。」

⑥ 東京地方裁判所昭和59年1月30日判決（判時1129号85頁）

「公図はもともと明治中期頃に地租徴収の基礎資料とする目的で、未熟な測量技術を用いて作成したもので、地形については一応の拠り所になつても、面積については正確に測量されて縮尺されているものではなく、就中山林の面積については不正確なことが広く知られているものと認められる。」

<参考文献>

○中野編・国有実務577頁，村松俊夫・境界確定の訴〔増補版〕20頁，新井克美・公図と境界302頁

問37 公図がなく、道路の現況をとどめない里道を特定するにはどのようにすればよいか

答 当該里道の位置・範囲を特定する上で参考となる資料（航空写真，古図面，古老等現地の事情を知る者の供述など）を収集し，当該里道の位置・範囲を特定するほかはない。

解説 境界確定の立証方法としては，一般に，①公図その他の地図，②公簿面積との関係，③占有関係，④境界標識（境界木，石，杭，穴，塚，埋炭等），⑤自然地形，⑥林相，樹齡，⑦検証，⑧鑑定，⑨証言，供述等がある（松務局編・提要612頁，奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟講座4巻194頁，藤田編・不動産実務470頁）。

公図などの登記所備え付けの図面がないとしても，③ないし⑨の資料の収集に努め，それらを総合して，当該里道の位置・範囲を特定するほかない。

なお，地図混乱地域における境界確定訴訟の対応方法については問93参照。

<参考文献>

○松務局編・提要590頁，612頁，奥村正策・「土地境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟講座4巻194頁，藤田編・不動産実務470頁

問38 地主等が所有している古地図・土地宝典等の図面はどのように評価したらよいか

答 地主等が所有している古地図・土地宝典等は，その作成及び保管の経緯を調査した上でこれを評価する必要がある。

解説

1 公図類似の古地図について

公図は，地租改正事業の成果が基礎となって作成され，唯一の公的な地図として土地台帳事務所管轄で保管されてきたものである（問34参照）。

これに対して，地主保管に係る公図類似の古地図の多くは，地租改正事業あるいは全国地押調査事業の際，あるいはその後に，公図を謄写したものと推察される。そうであるならば，その精度は公図を上回るものではないということになる。

2 土地宝典について

土地宝典の作成経緯は明らかでないが，関東地方を中心として，「地番反別入図」，「土地名細図集」，「土地名鑑」，「土地宝典」等の名称が付され，明治40年ころから昭和40年代ころまで作成されている。公図は一葉の図面には一つの字のみが表示されているのに対して，土地宝典は一葉の図面に数か所の字が表示されており，土地の索引や不動産取引の資料とするため，旧地主や不動産業者等が所持し，使用されている図面である。

土地宝典の作成者は，「大日本市町村地番入地図刊行会」等の各種団体や民間企業等であり，公的な機関が作成したものではないようである。

その作成手法も明らかではないが，登記所備付けの公図，市町村の保管する公図の写し，土地台帳等を基に，これらの図面を組み合わせる等の方法により一葉の図面として作成されているようであり，したがって，その

精度、現地復元性は、公図を上回るものではない。なお、一部の登記所や地方公共団体では執務の参考資料として保管しているところもある。

3 古地図、土地宝典の評価について

地主保管に係る公図類似の古地図又は土地宝典に描画されている内容が公図のそれと相違しても、多くの場合は、公図の方がより信頼できるといえる。

しかし、公図も、租税徴収資料として作成された沿革や当時の測量技術の未熟さから、それだけでは現地復元性はなく、距離、角度などは不正確であるとされており（問36参照）、古地図等の中には、その作成経緯から、公図よりも信頼性の高いものもあり得る。そこで、このような古地図等は、まずもってその作成及び保管の経緯を調査した上でこれを評価する必要がある。

<参考文献>

○中野編・国財実務577頁

問39 国土調査法による地籍図の作成方法と精度はどのようなものか

答 国土調査法による地籍図は、土地の一筆ごとの筆界を、極めて精確に測量して、縮尺250分の1から5000分の1までの地図に作成したものであって、現地指示性と現地復元性を有している。

解説

1 国土調査法（昭和26年法律第180号）による地籍図とは、同法20条1項により登記所へ送付された地図のことである。

国土調査法は、国土の開発及び保全並びにその利用の高度化に資するとともに、あわせて地籍の明確化を図るため、国土の実態を科学的かつ総合的に調査することを目的として制定された法律である（同法1条）。同法に基づく地籍調査の結果に基づいて作成された地籍図は、同法20条1項により登記所に送付され、同条2項の規定による登記が完了した後に、地図

として備え付けることを適当としない特別の事情がある場合を除いて、不動産登記法14条の地図（問33参照）として備え付けられる（不動産登記規則10条5項）。

2 国土調査法2条1項3号及び同条5項に規定する地籍調査の結果に基づき原因図及び地籍簿案が作成され、同法17条の手続が終了すると、それらが地籍図及び地籍簿となる。

この地籍図を作成するための地籍調査の作業行程の概要は、①測量法による基本測量で設置された基本三角点に基づく基準点測量、②基本三角点を基礎として測量する地積図根測量（地積図根三角測量、地積図根多角測量）、③これと並行して土地利用の現況を把握するための一筆地調査、④地籍図原図を作成する作業となる地籍細部測量（細部図根測量（前半）と一筆地測量（後半）から成る）、⑤地積測定の前で行われる。

3 次に、国土調査の成果として作成される地籍図、地籍簿については、調査を行った者が都道府県である場合においては国土交通大臣に、また、調査を行った者が市町村である場合においては都道府県知事に対して、その認証が請求され（同法19条1項）、その成果の認証がされると、認証を行った者は遅滞なくその旨を公告するとともに、成果の写しを登記所に送付することになる（同法20条1項）。この成果の写しの送付に当たっては、認証を行った者の発する成果の認証をした旨の文書とともに、成果としての地籍図の写し及び地籍簿の写し、また当該区域について仮地番対照表を作成した場合においては、参考資料としてその対照表を添えて、実際には調査を行った者から当該土地を管轄する登記所に送られることになる。登記所は送付された地図、簿冊に基づいて土地の表示に関する登記等を行わなければならない（同法20条2項、3項）。

4 同法20条1項の規定により送付された地籍図が14条地図として備え付けられている場合、これを作成するための一筆地調査は、登記所備付けに係る地図を基にして調査図案図を作成し（地籍調査作業規程準則16条）、筆界（境界）は、慣習、筆界に関する文書等を参考とし、かつ、土地の所有者その他利害関係人又はこれらの代理人の確認を得て調査することとされ

第4章 国有財産訴訟と地図・図面

ている（同準則30条）。そして、地籍図の作成行為は、土地の現況を調査記録する単純な事実行為であり、調査の成果である地籍図も行政庁内部における一資料にすぎないと解されている（福島地判昭39.9.24行集15巻9号1874頁、岡山地判昭59.3.21判タ534号210頁）。

このように、国土調査法の規定に基づく地籍調査の成果は、これによって新たな境界が創設されるものではないから、理論的には、既存の境界調査に誤りがあれば、これに基づいて作成された14条地図である地籍図に描画されている土地の区画についても誤りがあるということになる。そこで、登記実務においては、地籍図が登記所に送付された後に、その内容に誤りが発見された場合には、地方税法381条5項の規定に準じて、地図修正の申出が認められている（昭和48年10月18日法務省民三第7689号民事局第三課長通知・登記関係先例集追加編V886頁）。

以上のことから、14条地図が地籍図である場合、国有地の隣接地所有者等から、地籍調査に誤りがあるとの主張がされた場合には、調査図素図となった従前における登記所備付け地図や前記の一筆地調査の方法等についても調査する必要がある。

- 5 国土調査法20条1項の地籍図は、土地の区画、すなわち、筆界点の位置を求めるための基準となる点（図根点）が現地に存在し、これが図上にも表示されていること、筆界点が図根点からの方向と距離によって、一定の精度で現地に示し得るものであること、現地における図根点が確実に保護されるか、あるいは図根点そのものがより高次の図根点から復元することが可能で地図の材質は伸縮性が少なく、かつ、永久保存に耐え得るものであることなどの測量上の要件を具備しているものであるから、現地指示性と現地復元性を有している。

<参考文献>

○法務省民事局編「三訂国土調査登記詳解」平成3年3月民事月報号外41頁、中野編・国財実務543頁、吉野衛編・注釈不動産登記法総論315頁、今泉朝男「地図および建物所在図をめぐる諸問題」香川保一編・不動産登記の諸問題下巻235頁、澤睦「17条地図その他登記所備置の図面」不動産登

記講座II377頁、幾代通＝浦野雄幸編・判例先例コンメンタール不動産登記法I（改訂版）191頁、谷口正人「地籍図と不動産登記法第17条地図の備付け」民事月報44巻7号6頁

第5章

国有財産の取得

第5章 国有財産の取得

第1 契約による取得

問40 契約により国が財産を取得する場合としてはどのようなものがあるか

答 売買、寄附及び交換などがある。

解説

1 国の契約

私法上の法律関係における国を一方の当事者とする契約についても、もちろん民法が適用されるが、適正かつ公平な手続を確保し、国の財政上の利益を損なわないようにするため、会計法、予算決算及び会計令（昭和22年4月30日勅令第165号）、契約事務取扱規則（昭和37年8月20日大蔵省令第52号）等には国の契約締結手続についての規定が置かれ、国の契約はこれら会計法規の定める手続で締結されなければならないものとされ、また、国の財政の基本を定めた財政法は、「国の財産は、法律に基く場合を除く外、これを交換しその他支払手段として使用し、又は適正な対価なくしてこれを譲渡し若しくは貸し付けてはならない。」（財政法9条1項）、「法律に基くもの又は歳出予算の金額（第43条の3に規定する承認があつた金額を含む。）若しくは継続費の総額の範囲内におけるものの外、国が債務を負担する行為をなすには、予め予算を以て、国会の議決を経なければならない。」（財政法15条1項）と定め、国有財産法、同法施行令、同法施行細則（昭和23年9月28日大蔵省令第92号）、その他国有財産関係の各省各庁の取扱規則等には国有財産の管理、処分についての定めがあり、国有財産の管理、処分に関する契約はこれら各法令の定める手続、内容で締結されなければならないことにもなっている。

2 売買

(1) 売買の意義

国有財産法2条1項は、「国の負担において」国有となった財産を国有財産として挙げている。「国の負担において国有となった」とは、国が何らかの出捐をすることによって財産を取得する場合をいい、財産の対価を金銭で支払う売買が典型例であるが、交換のように金銭以外の財産を出捐する場合もある。

売買とは、当事者の一方がある財産権を相手方に移転し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約する双務・有償・諾成契約をいう（民法555条）。国有財産法には、売買に関する特別な規定はなく、民法の一般原則に従うことになるが、売買契約を締結するためには、財政法、会計法、予算決算及び会計令などの会計法令の定めに従うことになる。

(2) 売買に関する手続

国が売買によって取得する財産（国有財産）としては、土地、建物又はこれらの不動産の従物、船舶、航空機等が主なものであるが、いずれの場合においても国の予算の支出を伴うものであるから、先に述べたとおり会計法、予算決算及び会計令等の定めるところに従い売買契約を締結しなければならない。契約は、会計法29条の3第1項の規定により一般競争契約によるのが原則であるが、特定の土地、建物の売買は、そのほとんどが契約の性質又は目的が競争を許さないものであるため、随意契約によることになる（会計法29条の3第4項）。

3 寄附

(1) 寄附の意義

寄附とは、国が契約により無償で国有財産を取得することをいい、民法上の贈与と同意義である。贈与とは、当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える片務・無償・諾成契約である（民法549条）。したがって、寄附は売買と異なり予算の支出を伴うものではない。

(2) 寄附に関する手続

一般に、国が国以外の者から寄附を受けることは望ましいことではないとされており、閣議でも抑制の方針が採られている（昭和23年1月30日閣議決定「官公庁等に対する寄附金等の抑制について」）。また、財産管理の面からも寄附財産の寄附者、寄附金応募団体等による優先使用などと取得後に種々の問題を生ずることがあるから、国が寄附を受けるのは、特に必要やむを得ない場合だけに限るべきであり、国が寄附を受けようとするときは、その必要性、寄附者の真意、附帯条件等に十分注意して、その受否を慎重に決定する必要がある。

なお、地方財政再建促進特別措置法24条2項は、「地方公共団体は、当分の間、国…中略…に対し、寄附金、法律又は政令の規定に基づかない負担金その他これらに類するもの（これに相当する物品等を含む。以下「寄附金等」という。）を支出してはならない。ただし、地方公共団体がその施設を国、…中略…等に移管しようとする場合その他やむを得ないと認められる政令で定める場合における国、…中略…等と当該地方公共団体との協議に基づいて支出する寄附金等で、あらかじめ総務大臣に協議し、その同意を得たものについては、この限りでない。」と規定している。

4 交換

交換の意義等については、問41参照。

5 その他

建物の新築、工作物の新股など国以外の者に物件の製作を行わせ国がそれに対して代金を支払う請負契約により国有財産を取得する場合がある。この場合においては、会計法の規定により原則として一般競争契約に付すこととしている。このほか、契約により地上権等を取得する場合もある。

<参考文献>

○中野編・国財実務87頁、財管研究会編・公共用財産手引252頁、田中哲男編・新訂国有財産事務提要116頁

問41 交換によって国有財産を取得することができるのはどのような場合か

答 国有財産が普通財産で、土地又は土地の定着物若しくは堅固な建物に限り、国又は公共団体において公共用、公用又は国の企業若しくは公益事業の用に供するため必要があるときは、これをそれぞれ土地又は土地の定着物若しくは堅固な建物と交換することができる（国有財産法27条）。

解説

1 意義

交換とは、国が交換契約により国有財産を取得することをいい、当事者が互いに金銭以外の財産権を移転する契約行為で、国有財産法上の交換も、民法上の交換（民法586条）と同意義である。

国が必要とする代替性を有しない特定の財産の所有者が買収に応じず、それに代わる同種の財産の提供をしなければ承諾が得られない場合には、あえて土地収用法の手続によるまでもなく、交換によることが便宜であり、等価による交換が行われる限り、国に損失を与えるものでもない。

しかし、交換は、予算の執行を伴わずに結果的に売買と同一の成果を得るということで、「国の財産の取得は、国の歳出として予算に計上された購入費で取得し、国の財産の処分は、売払代として国庫の歳入に計上する」（比護正史ほか編・行政財産の実務175頁）という現行会計制度の原則の例外をなすものである。財政法9条1項は「国の財産は、法律に基く場合を除く外、これを交換し……てはならない。」と規定しており、少なくとも法律の根拠が必要である。同項の規定する「法律に基く場合」の交換としては、道路法、河川法等の特別法に基づく交換、一般法である国有財産法に基づく交換がある。

2 交換の要件

国有財産法27条に基づく交換は、次の要件の下に認められている。

第1 契約による取得

(1) 交換に供する国有財産は、普通財産であることを要し（国有財産法18条1項、20条1項参照）、行政財産である場合は、用途廃止を行い普通財産にすること。

(2) 交換渡財産及び交換受財産とも、土地、土地の定着物（立木、石垣、土留、築堤等）及び堅固な建物に限られており、かつ、それぞれ同種の財産であること。

すなわち、土地と土地、土地の定着物と土地の定着物、堅固な建物と堅固な建物というように同種の財産の交換しか認められない。しかし、この要件は、国有財産特別措置法9条の3によって堅固な建物以外の一一般の建物に拡張されるとともに、異種の財産相互間の交換ができるとされている。

(3) 次の理由に該当すること。

① 交換受財産を国が直接に公用、公共用又は国の企業若しくは公共事業の用に供する必要がある場合

② 公共団体が国の交換渡財産を公用又は公共用に供するために必要とする場合

③ 公共団体において、国が第三者との交換により取得する交換受財産を公用又は公共用に供するため必要とする場合

(4) 交換価格の差額が高価なものの4分の1以内であること。

3 交換に関する特例を定めた法律には次のものがある。

(1) 国有財産特別措置法9条、9条の3及び9条の4に基づく交換

(2) 道路法92条4項に規定する交換（道路の不用物件と道路用物件との交換）

(3) 河川法92条に規定する交換（河川の廃川敷地等と新たな河川区域となる土地の交換）

(4) 土地改良法94条の2に規定する交換（土地改良財産の交換）

4 交換の手続（建部編・国財法精解493頁）

(1) 交換は、普通財産の処分の一形態であるから、当該財産の管理処分機関によって行われる。管理処分機関は、原則として財務大臣又は政令で

第5章 国有財産の取得

定める特別会計を管理する各省各庁の長である。ただし、現に各省各庁の長が所管している行政財産を用途廃止してそれを交換渡財産として新たに当該各省各庁の長において必要とする行政財産を取得しようとする場合には、当該各省各庁の長は、用途廃止した普通財産を財務大臣に引き継がないで交換に供することができる（国有財産法8条ただし書及び同法施行令5条1項1号）。

- (2) 各省各庁の長が交換により行政財産を取得する必要がある場合において、財務大臣が所管する普通財産を交換渡財産として利用することは可能であるが、この場合の取扱いとしては、普通財産の所管大臣である財務大臣が交換し、取得した交換受財産を公用等に供するために必要とする各省各庁の長に所管換をする方法（所管換を前提とした交換）が原則的取扱いとされている。
- (3) 行政財産とする目的で土地又は建物を交換により取得しようとする場合には、国有財産法14条1号により原則として財務大臣に協議する必要がある。
- (4) 堅固な建物を交換しようとするときには、各省各庁の長は、事前に、会計検査院に通知しなければならない（国有財産法27条3項）。この規定は、各省各庁の長に対する訓示規定と解されるから、事前通知が行われなくても交換契約の効力には影響がない。「事前に」とは、交換契約が締結される前を意味し、実際には、国有財産法14条に基づく財務大臣への協議が整った後に通知される。この会計検査院への事前通知制度の趣旨は、必ずしも明確ではないが、建物が土地に比較して代替性があること等の事情にかんがみ、特にその取扱いを慎重にして、その濫用を防止しようとしたものと考えられる。会計検査院は、交換の内容が不適当であると判断する場合には、その権限に基づいて適当な措置を採ることになる（会計検査院法34条）。

<参考文献>

○建部編・国財法精解493頁、財管研究会編・公共用財産手引266頁、比護正史ほか編・行政財産の実務175頁

第1 契約による取得

問42 会計法に定める契約書作成の法的性格はどのように解されているか

答 契約の成立要件である。

解説

1 昭和36年法律第236号による改正前の会計法には、契約担当官等が契約を締結するに当たっての契約書の作成に関する規定がなく、当時の予算決算及び会計令68条が、「各省各庁の長又はその委任を受けた職員が契約を締結しようとするときは、…中略…契約書を作製しなければならない。」と規定するだけであり、契約書作成が契約の成立要件か、単なる証拠方法にすぎないのかが争われ、判例の結論も分かれていた。

昭和36年法律第236号による改正後の現行会計法は、29条の8第2項において「前項の規定により契約書を作成する場合においては、契約担当官等が契約の相手方とともに契約書に記名押印しなければ、当該契約は、確定しないものとする。」と規定し、会計法29条の8第1項により契約書を作成するときは、その作成が契約成立の要件となる旨を明らかにした。

民法によれば、契約は両当事者の意思表示の合致すなわち契約の申込みと承諾があれば、その時点で成立し、契約書の作成が契約の成立要件とはならないのが原則であるが、国の行う契約は、大量であり、契約上の齟齬によって生ずる国損を防止するためには、契約書作成をもって契約の成立要件とするのが妥当とされたのである。この意味で同条は民法の例外規定ということになる。

同法29条の8第2項の規定する契約の確定について、横溝清史編・最新会計法精解532頁は、「国の契約は、契約担当官等が競争によって契約しようとする場合においては、一般競争にあつては公告により、指名競争にあつては指名通知によってそれぞれ申込みの誘引をし、これを受けて競争参加者が入札によって申込みをし、落札決定によって契約締結についての承諾の意思表示をすることになる。ただ、会計法29条の8第2項において、要式行為を要求しない民法の特例的規定として、相手方についても記

第5章 国有財産の取得

名押印の義務を課していることから、落札の決定によって契約の主体部分については契約が成立していても、それは互いに契約書を作成しなければならないという範囲において部分的（主要部分）に成立していると解されている。すなわち、停止条件付成立に近いものである。」と説明している。

- 2 なお、会計法29条の8第1項ただし書は、政令で定める場合には契約書作成を省略できるとされており、この場合には、契約書作成が契約成立要件とはならない。

<参考文献>

○横溝清史編・最新会計法精解525頁

問43 買収予定地の共有者の一部が居所不明の場合、用地取得のためにはどのような方法があるか

答 不在者財産管理人選任申立ての手續により管理人を選任し、同人と売買契約を締結する。

解説 不在者財産管理人とは、不在者（従来の住所又は居所を去って容易に帰来する見込みのない者）が財産管理人を置かなかつた場合に、利害関係人又は検察官の請求により、家庭裁判所が財産の管理をさせるために選任する者である（民法25条1項）。不在者財産管理人の制度は、残された財産の朽腐を防止し不在者を保護することはもちろんのこと、不在者の相続人及び債権者その他の利害関係人を保護する制度であるが、私的自治の原則を基本理念とする我が民法においては、利害関係人等の請求があつて初めて管理人が選任できることとされ、国家による不在者の財産についての関与は必要最小限にとどめられている。

本問の場合、不在者の最後の住所地を管轄する家庭裁判所に、不在者財産管理人選任申立手續を行い（家事審判規則31条）、これに基づき家庭裁判所が選任した管理人及び他の共有者との間で買収予定地につき売買契約を締結することになる。

第1 契約による取得

なお、民法25条1項の「利害関係人」とは、不在者の財産を管理する者のないことに法律上の利害関係ある者を広く含むと解されているが、本問のような「土地買収予定者」がこの利害関係人に当たるかが問題となる。これについては、土地収用法などによって強制収用権が与えられているような事業主体が事前の措置として任意の買収申込をするような場合は格別、単に不在者の財産を買収したいというだけでは、その者が不在者の財産管理人選任につき法律上の利害関係を有しているということとはできない（大分家審昭49.12.26家裁月報27巻11号41頁）とする先例がある。しかし、当該土地を取得して公共用地化する必要性があるときは、利害関係を有すると解してよいのではなからうか。なぜなら、この不在者の財産管理の制度は、不在者の財産の保全と利害関係人の保護にあることには違いないが、国家の干渉を正当化する更なる根拠の一つは公益的配慮であるところ（谷口知平ほか編・新版注釈民法(1)〔改訂版〕442頁）、当該土地を公共用地化するための用地買収手續を進めることは、国家の利益ないし国民経済上の利益を保護することになり、不在者の財産管理の制度趣旨に適合すると思われるからである（肯定する見解として、谷口知平ほか編・新版注釈民法(1)〔改訂版〕447頁）。

また、買収が公共の利益となる事業の用に供するため土地を必要とする場合において、その土地を当該事業の用に供することが土地の利用上適正かつ合理的であるときは土地収用法の手續にのっとりた収用も可能である（土地収用法2条）。

問44 国が買収した土地につき所有権移転登記未了のまま売主が死亡し、その相続人の居所が不明な場合、所有権移転登記をするにはどのような方法があるか

答 ①利害関係人である国が、不在者財産管理人の選任申立てを家庭裁判所に行って、財産管理人を選任してもらった上、同財産管理人に、家庭裁判所の許可の下に登記手續に応じてもらう方法と②所在不明の相続人に対して訴えを提起し、判決に基づき登記する方法がある。判決手續の場合の送達方

法としては、公示送達あるいは不在者財産管理人への送達が考えられる。

解説

1 不在者財産管理人について

意義等については、問43参照。

なお、不在者の財産管理について必要な処分は、民法27条3項にいう財産の保存に必要な範囲の処分と、同法28条にいう管理権限を超える処分とがある。保存行為以外は家庭裁判所の許可が必要であり、財産管理人が同法28条にいう同法103条の範囲を超える行為を必要とするときは、家庭裁判所の一般的監督権に服し、その許可を得なければならない（家事審判法9条1項甲3）。その許可のない場合は、越権行為となる。

2 公示送達について

公示送達とは、裁判所書記官が送達すべき書類を保管し、いつでも送達を受けるべき者に交付すべき旨を裁判所の掲示場に掲示してする送達方法である（民訴法111条）。当事者の住所、居所その他送達すべき場所が不明な場合、あるいは外国に居住している者に対して送達する場合において、裁判長がその国の管轄官庁又はその国に駐在する日本の大使、公使若しくは領事に嘱託してする（同法108条）ことができない場合等、他の方法による送達手段がない場合に行う手続である（同法110条1項）。公示送達は、掲示を始めた日から2週間（外国においてすべき送達は6週間）を経過することにより効力を生じる。ただし、同一当事者に対する2回目以降の公示送達は掲示の翌日に効力を生じる（同法112条1項、2項）。

3 登記手続

登記申請手続においては、共同申請主義が採用されている（不動産登記法60条）ことから、登記名義を取得するためには、登記義務者の登記申請の協力が必要である。そこで、登記義務者がこれに応じない場合又は所在不明の場合には、登記権利者は、裁判により登記義務者の登記申請手続の意思表示を求め、請求を認容する判決が確定したときに意思表示が擬制される（民事執行法174条1項本文）。その結果、登記権利者は単独で登記申

第1 契約による取得

請することができる（不動産登記法63条1項）ことになるのであるから、訴え提起の方法は移転登記手続を求める給付判決でなければならない。

したがって、国は、所有権確認訴訟を提起することなく、所有権移転登記手続請求訴訟を提起することに留意すべきである。

本問の場合、まず、利害関係人である国が不在者財産管理人の選任申立てを家庭裁判所に行い、不在者財産管理人を選任してもらった上、不在者財産管理人が家庭裁判所の許可を得て、任意に移転登記義務の履行をしてもらうことが考えられる。

もう一つの方法は、判決手続による場合であり、公示送達あるいは不在者の財産管理人への送達方法により、給付判決を得た上、移転登記手続をすることになる。

問45 契約による国有財産の取得について争われるものはどのようなものがあるか

答 国有財産の取得に関して契約の成否・効力が争われる場合があるが、純粹に法律論だけで解決するものは極めて少なく、事実の存否が最大の争点となるものが多い。

解説

1 概説

国有財産取得の原因となった契約をめぐる紛争は、純粹に法律論だけで解決するものは極めて少なく、その多くは事実の存否が最大の争点となる。そこで、この種の事件の処理に当たっては、第1に事実関係を正確に把握しなければならない。関係者の供述の裏に、隠された事実がないかどうか十分に注意する必要がある。主な裁判例は、以下に述べるとおりである。

2 裁判例

(1) 契約の成否に関するもの

① 最高裁判所昭和33年5月1日第一小法廷判決（訟月4巻5号703頁）
国有財産の払下申請について財務局長が申請者に対してききに内示した売払予定価格について買受の回答がないので、きたる12月10日までに回答を求める旨の文書を発した行為は、契約の申込みとは認められないとした原判決を是認した。

② 東京地方裁判所昭和32年4月25日判決（訟月4巻3号337頁）
「予算決算及び会計令68条の規定による契約書は、契約成立の要件ではなく、契約成立の証拠にすぎない」

ただし、当該事案は、昭和36年法律第236号による改正前の会計法が施行されていた当時のものである。

③ 最高裁判所昭和35年5月24日第三小法廷判決（民集14巻7号1154頁，訟月6巻12号2296頁，判時227号18頁）

「国が当事者となり、売買等の契約を競争入札の方法によつて締結する場合に落札者があつたときは、国および落札者は、互いに相手方に対し契約を結ぶ義務を負うにいたるのであり、この段階では予約が成立したにとどまり本契約はいまだ成立せず、本契約は、契約書の作成によりはじめて成立すると解すべきである。」

ただし、当該事案は、昭和36年法律第236号による改正前の会計法が施行されていた当時のものであり、この最高裁判決を踏まえて、同法律第236号の改正が行われたといわれている。

④ 新潟地方裁判所長岡支部昭和45年2月19日判決（訟月16巻4号356頁）

「前記（物件移転等）補償契約に関しては、工事事務所用地課長からの条件の呈示は申込みの誘引にほかならず、補償対象者の意思表示に対し、工事事務所長の承諾があつて契約書が作成されたときに右契約が成立すると認めることを相当とする。」

⑤ 最高裁判所昭和47年3月2日第一小法廷判決（訟月18巻10号1507頁）

契約当事者にとって重要な事項については、予算決算及び会計令68

条に基づき作成された契約書にこれが明記されていない場合には、特段の事情のない限り、そのような特約は存在しなかったものと認めるのが経験則であるといわなければならない。

⑥ 東京高等裁判所昭和56年4月27日判決（訟月27巻7号1303頁）

国が行政財産とする目的で土地建物を取得しようとする場合、その契約において、一定の場合に国が売主に対し右土地建物を返還することを内容とする特別の合意約款を設定することは、本来国有財産法に定める行政財産の管理上の規制からいられないというべきである。

(2) 契約の効力に関するもの

東京高等裁判所昭和36年6月29日判決（下級民集12巻6号1473頁，訟月7巻9号1707頁）は、「（国有財産法14条所定の大蔵大臣に対する）協議は国の行政事務処理統一の必要上要請されるものにすぎず、営林局長の行政財産取得権限を制限もしくは補充する要件たるものではないから、仮りに本件土地の売買についてその協議を欠いたとしても右売買の効力にはなんらの影響を及ぼすものではないと解するのを相当とする。」と判示した。

(3) 国有財産の売払いに関するもの

① 東京地方裁判所昭和32年9月26日判決（訟月3巻11号13頁，判時132号7頁）

「普通財産の売払は通常の場合私法上の売買と解すべきである。」

② 最高裁判所昭和41年11月1日第三小法廷判決（民集20巻9号1665頁，訟月13巻2号174頁，判時467号39頁）

「（国の普通財産の売払いの）法律関係は、本質上私法関係というべきであり、その結果生じた代金債権もまた私法上の金銭債権であつて、公法上の金銭債権ではないから、会計法30条の規定により5年の消滅時効期間に服すべきものではない。」

③ 大阪地方裁判所昭和40年11月30日判決（訟月12巻4号454頁）

国有財産中、普通財産についての売買予約の締結は、一般には会計法上等から許されないものである。

- ④ 東京高等裁判所昭和32年9月16日判決（下級民集8巻9号1702頁，
訟月3巻10号63頁）

政府部内において雑種財産たる国有土地を特定の者に売り払うという方針が一応決定し、その旨係官から相手方に内報したとしても、当時未だ売却の手続が完了せず代金額等の売払条件が確定していない場合には売払契約は成立しない。

- ⑤ 東京地方裁判所昭和53年6月27日判決（訟月24巻7号1423頁，判タ373号82頁）

私人が国に自己の所有地を売り渡した際、その代替地として特定の国有地を買い受ける契約が成立したとの主張が認められなかった事例

(4) 旧軍関係

- ① 仙台地方裁判所昭和34年7月8日判決（訟月5巻9号1193頁）

旧海軍による海軍工廠用地の買収に当たって、海軍省の係官が関係土地所有者の質問に対し、太平洋戦争が終了して工廠敷地が不要となったときは、これを元の所有者に優先的に払い下げるようにする旨説明したことが、再売買の予約とは認められなかった事例

- ② 最高裁判所昭和35年10月4日第三小法廷判決（民集14巻12号2395頁，訟月6巻11号2077頁）

陸軍において将来用途を廃止した場合には、無償にて返還を受ける旨の条件付で土地の寄附があった場合において、陸軍省が廃止された以上、たとえ引き続き公用財産として使用されていたとしても右条件は既に成就したものといわねばならないとした事例

- ③ 宮崎地方裁判所昭和51年2月13日判決（訟月22巻3号644頁）

所有者が出征当時、父に財産の管理処分権及び代理権を授与したと認め、旧軍が所有者の父との間でした土地売買契約が有効と認められた事例

- ④ 福岡高等裁判所那覇支部平成3年5月30日判決（判時1396号63頁）

旧陸軍による飛行場用地の買収について、間接事実によって売買契約の成立を認定した事例

- ⑤ 東京高等裁判所平成4年4月27日判決（判タ793号183頁）

旧海軍による飛行場用地の買収について、被買収者が意思選択の自由を奪われた状況下において承諾を強制されたものとは認められないとされた事例

(5) 自衛隊基地等関係

- ① 水戸地方裁判所昭和52年2月17日判決（訟月23巻2号256頁，判時842号22頁，判タ345号166頁）

航空自衛隊百里基地建設を目的としてされた土地の売買契約は憲法9条に違反し無効である等の主張が認められなかった事例

- ② 東京高等裁判所昭和53年3月22日判決（訟月24巻9号1697頁，判時882号14頁，判タ360号112頁）

防衛庁新島ミサイル試射場建設用地として国に売り渡す目的でされた村と村民との間の部分林貸付契約の解除が憲法9条との関係で無効であるとの主張が認められなかった事例

- ③ 最高裁判所平成元年6月20日第三小法廷判決（民集43巻6号385頁，訟月36巻1号24頁，判時1318号3頁，判タ705号68頁）

自衛隊の基地建設を目的ないし動機として締結された売買契約を含む土地取得行為は公序良俗違反にはならないとされた事例

(6) 駐留米軍提供地関係

- ① 福岡地方裁判所昭和31年2月13日判決（下級民集7巻2号324頁，訟月2巻4号33頁，判タ55号51頁）

占領が継続する間賃貸借は継続するとの契約は、占有状態終了後も駐留軍の必要とする期間は継続する趣旨と解することは困難であるとされた事例

- ② 東京地方裁判所昭和39年6月27日判決（下級民集15巻6号1623頁，訟月10巻12号1641頁，判時377号13頁，判タ163号117頁）

提供地を駐留軍がゴルフ場を使用することは、日米安保条約1条の米軍の駐留目的を達成するため必要な使用方法とはいえないとして、賃貸借契約終了による返還請求が認められた事例

第2 法令に基づく取得

問46 法令の規定により国が財産を取得する場合としてどのようなものがあるか

答 法令の規定により国が財産を取得するのは、明治初期の官民有区分以外に、①時効取得、②相続税の物納、③相続人が不存在の場合の遺産の国庫帰属、④公益法人の解散の場合の残余財産の国庫帰属、⑤無主の不動産の国庫帰属、⑥河川法施行法4条によるもの、⑦刑事手続における没収などがある。

解説 国が財産を取得する方法としては、明治初期の地租改正による土地の官民有区分の場合を除き、私人と同様に契約によるのが原則であるが、それ以外に、法が定めた一定の条件が整えば国が財産を取得する場合がある。それは、①時効取得（問47参照）、②相続税の物納（問48参照）、③相続人が不存在の場合の遺産の国庫帰属（問49参照）、④公益法人の解散の場合の残余財産の国庫帰属（問50参照）⑤無主の不動産の国庫帰属（問51参照）、⑥河川法施行法4条によるもの（問52参照）、⑦刑事手続における没収（問53参照）、⑧収用（土地収用法2条ほか）、⑨換地（土地区画整理法89条ほか）、⑩帰属（都市計画法40条、土地区画整理法105条など）、⑪埋立（公有水面埋立法24条ほか）、⑫特許権の取得（特許法66条）などがある。

詳細は、以下の設問で述べることとする。

問47 国による不動産の時効取得が認められる場合があるか

答 国による不動産の時効取得も認められる場合がある。

解説

1 国による時効取得の可否

第2 法令に基づく取得

所有権の帰属に関する民法の規定は原則として国にも適用されるから、国に民法の取得時効の要件が備わった占有があれば、時効の援用をすることにより、当該財産を国庫に帰属させることができる。福岡高等裁判所宮崎支部昭和47年3月15日判決（訟月18巻11号1681頁）は、国が国民の所有する不動産を時効によって取得することは憲法29条に違反せず、国も時効による権利得喪の当事者たり得るとしている。

ちなみに、国が誤って公物に編入した私人の所有物について民法の取得時効の規定の要件を具備した場合には、その時効取得を認めても公物の公共性、公益性に反することはないから、公物の特殊性ということとは特に問題とならない（最判（二小）昭42.6.9訟月13巻9号1035頁、大阪高判昭52.3.31訟月23巻4号678頁、秋田地判昭50.3.24訟月21巻5号959頁）。

もちろん、国が私人の所有物（主に土地）を時効取得するには、私人の場合と同様に、一定の要件を備えた占有（所有の意思をもって、平穩、公然に始めた占有）と一定の期間の継続（他人の物であることについて善意無過失であれば10年、そうでなければ20年）が必要である。

2 所有の意思

国の占有については、国に所有の意思があるといえるか否かが、多くの場合争点となっている。もっとも、占有者は、所有の意思をもって占有をすると推定されるから（民法186条1項）、占有者である国の所有の意思を否定する者において、それを覆す事実を主張立証しなければならない。所有の意思の有無は、占有の性質に従って客観的に決定される（我妻栄・新訂民法総則478頁）。そこで、①その性質上、所有の意思がないとされる権原（賃貸借、使用貸借等）に基づいて占有を開始したか、あるいは、②外形的・客観的に他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったことを裏づける事情があるかどうかが問題となる。

まず、大阪高等裁判所昭和52年3月31日判決（訟月23巻4号678頁）は、権利主体が国のように大規模な組織を有する場合における所有の意思の認定基準として、「占有が自主占有であるか否かの問題は、あくまで占有者の具体的意思を基準として判定すべき事柄であるところ、自然人でない国

第5章 国有財産の取得

又は地方公共団体等の大規模の組織を有する権利主体においては、各権限を行使する機関が分化して活動しているのが通常であるから、右のように占有意思を具体的に捉える必要がある以上は、あくまでも当該権利主体のうちで、対象物件の占有、管理に関する権限の行使を所管する機関の意思を基準として、その主体の占有意思を捉えるのを原則とすべき」と判示した。その上で、占有物件が陸軍省から旧大蔵省に所管が移り、その間地租課税が行われていたとしても、それにより国が所有の意思をもって占有をしていたとの推定を覆すことはできないとした。

次に、東京地方裁判所昭和57年9月17日判決（判時1060号96頁，判タ483号83頁）も、対象土地につき国税たる相続税が課税されたことから、国が所有の意思を欠いていたとの主張に対し、「本件土地の管理についての所轄機関とは異なる課税機関が登記簿の所有名義人の記載に基づいて単に機械的に行ったにすぎない」と判示して、この課税の事実をもって直ちに国が当該土地につき所有の意思を欠いていたとするのは相当でないとした。

また、東京地方裁判所昭和60年12月20日判決（判タ637号129頁）は、被告である国が、登記簿上の所有者であった者から土地を旧陸軍経理学校の敷地として買収したところ、買収漏れの土地につき買収土地の一部として占有し取得時効が完成したと主張したのに対し、原告は、移転登記も経由せず公租公課も負担していないから、国に所有の意思はないと反論した事案において、土地を買収したことを前提に占有を開始した以上、性質上所有の意思がないとされる権原に基づき占有を取得したものではないし、国税ではない公租公課を支払った事実や所有権移転登記をしなかった事実をもって、国が真の所有者であれば通常とらなない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とすべき行動に出なかったということできない旨判示した。横浜地方裁判所昭和51年1月30日判決（判タ338号230頁）も、買収漏れの土地につき、同様に国の所有の意思を認めた。

さらに、最高裁判所平成9年2月13日第一小法廷判決（公刊物未登載）は、旧海軍が旧海軍工廠共済組合及び土地区画整理組合を通じて取得した

第2 法令に基づく取得

土地につき、「所有権移転登記手続を経由していないこと、地租を賦課していたこと、国有財産台帳に記載がないことには、戦中、戦後の混乱期であり、それなりの合理性がないではなく、かかる事実の存在することを捉えて、国に所有の意思がなかったと認定することはできない」と認定した原判決を相当として、国の所有の意思を認めている。

これに対し、東京高等裁判所昭和50年9月23日判決（下級民集26巻9～12号804頁，訟月21巻12号2421頁，判時793号11頁）は、国が、陸軍航空本部は本件土地の買収が完了したものと信じ、本件土地の回りにコンクリート製の万年塀を築造して占有を開始し現在まで占有を継続してきたとして時効取得を主張したのに対し、国の所有の意思を否定し、国有財産を明確に把握し、課税措置を厳格にすべき国が、その占有する土地の所有権移転登記を30年近く放置し、地租についても昭和22年に国税から地方税に改正されるまで原告に対し督促までして徴収していたなどの点を考慮し、国に所有の意思はなかったとした。

3 占有の継続

米軍（占領軍）の土地の占領が、国のためにする意思をもった代理占有といえるかどうか問題となった事件がある。

東京地方裁判所昭和54年6月11日判決（訟月25巻10号2598頁，判時935号67頁，判タ392号99頁）は、復帰前の小笠原諸島の土地に対する米占領軍の占有は、事柄の性質上、土地賃借人が賃貸人のため土地を占有する場合や質権者が買入人のため質物を保管する場合のような代理占有関係と見ることはできないとした上、付言として、「日系小笠原旧島民は返還協定までは入城が禁止されていたから自己所有地の占有回復や管理、土地占有者に対して訴提起等の方途が存しなかつたことは明らかであつて、このような場合には時効は進行しないと解するのが相当であろう。」と判示し、小笠原諸島の占領の特殊性を強調して国による取得時効の成立を否定した。

これに対して、前掲東京地方裁判所昭和57年9月17日判決は、進駐米軍が国所有の旧陸軍飛行場用地を接收しゴルフ場を造成したのに伴って隣接

第5章 国有財産の取得

の私有地を取り込み占有するに至ったところ、20年以上経過し国が米軍から接收地の返還を受けた後に隣接所有者から明渡訴訟を提起された事案につき、「接收は連合国軍による日本国占領の一環として、その権利に基づき行われるものであり、接收した土地に対する占領管理は、連合軍最高司令官が被告国に対し指令を発し、被告国がこれに基づいて統治を行う間接管理方式であり、土地の調達についても連合国軍が被告国に対し調達要求を発し、これに基づいて被告国が調達のうえ提供するという制度がとられていた」と認定し、連合国軍の一つである米駐留軍が上記土地の占有を開始したときから国に返還されるまで、国は米駐留軍を介して上記土地を間接占有していたとして、国の時効取得を認めた。米軍の小笠原諸島占領下では、自己所有地の占有を回復するための訴え提起が不可能であったのに対し、日本本土の米駐留軍占有地の場合は法的手段を採ることが可能であったという点の差異が、このように結論を分けたポイントであると思われる。

また、熊本地方裁判所昭和53年9月28日判決（訟月25巻2号357頁）は、土地区画整理事業による換地について、国が所有の意思をもって従前地の占有を開始し、その後換地処分が公告された後に、更に従前地に照応する土地として交付されたものとしての換地を所有する意思をもって占有を開始した事案につき、従前地の占有期間と換地の占有期間を通算することが可能であるとし、従前地の占有開始時を時効の起算点とし、国の時効取得を認めた。

4 時効の中断

時効の中断事由に関し、国の時効取得に特有のものとして問題となったのは、国の機関が対象土地の所有権移転登記を受け付けたり国税である相続税の納付を受けたりしたことが承認（民法147条3号）に当たるか、あるいは、対象土地の占有に駐留軍の占有があったり、対象土地を管理する国の機関に交替があったことなどが、独立の時効中断事由になるかという点であった。

前掲横浜地方裁判所昭和51年1月30日判決は、時効期間経過中に原告が

第2 法令に基づく取得

相続による所有権移転登記をし、相続税を納付したことにつき、当該土地を管理している旧大蔵省（財務局）と所管を異にする機関に対してされたものである以上国の承認とはいえず、時効中断事由には当たらないとし、東京地方裁判所昭和38年11月5日判決（訟月10巻5号669頁）も、国が土地を占有している間にその土地につき第三者のために所有権移転登記がされたとしても時効は中断しないとした。

また、横浜地方裁判所昭和53年10月25日判決（訟月24巻12号2568頁）は、旧軍が買収した未登記財産（土地）につき、国の占有開始後、当該土地が接收され、連合国軍及び米駐留軍が占有を取得した事実は、国の取得時効の中断事由には当たらないとした。前掲福岡高等裁判所宮崎支部昭和47年3月15日判決も、同様に、時効の対象となる土地を管理する国の機関に交替（海軍省から旧大蔵省）があったことをもって時効は中断されないとした。

<参考文献>

○中野編・国財実務183頁，我妻栄・新訂民法総則478頁

問48 相続税法上の物納許可を受けた財産が国庫に帰属する時期はいつか

答 物納財産の所有権が国に移転するのは物納許可の時である。

解説

1 法制の概要

(1) 相続税法による物納

物納とは、金銭以外の財産による租税納付のことをいう。かつては、財産税法（昭和21年法律第52号）56条による物納も認められていたが、現時点で物納が法律上認められているのは、相続税の納付のみであり（国税通則法34条3項，相続税法41条），相続税は国税であるから、物納された財産は国庫に帰属することになる。

租税債務は、原則として金銭債務であるが、相続税が課せられる遺産

の場合、その多くは土地、借地権、家屋、家財、有価証券、事業所得者にあつては棚卸資産、機械設備等に片寄っており、預貯金や現金が少なく、現金納付の困難性から、相続税に限り物納が認められたのである（武井康夫「相続税の物納」判タ688号479頁）。

相続税の物納手続については、相続税法41条に規定されているが、税務署が申請の内容を調査し、物納許可の要件を具備していると判断すれば、物納が許可され、これらの財産が国庫に帰属することになる。

(2) 財産税法による物納

財産税法（昭和21年法律第52号）は、昭和21年3月3日午前零時を調査時期とし、この時期から一定の範囲内で、法律の施行地に住所若しくは居所を有し、又は施行地に財産を有していた者等に財産税の納付義務を負担させることとしたものであり（財産税法1条、4条）、その56条において物納を認めていた。物納の申請手続等は、相続税法の規定とほぼ同様であるが、この法律は、実効性喪失により、現在では適用される余地がなくなっている。

2 物納財産が国庫に帰属する時期

物納の許可を受けた税額に相当する相続税は、物納財産の引渡し、所有権移転登記その他法令により第三者に対抗することができる要件を充足した時において、納付があつたものとして規定されている（相続税法43条2項）。前記財産税法の下における財産税の物納についても、物納財産につき権利移転の對抗要件を充足した時に当該財産税の納付があつたものとしてされていた（財産税法施行規則60条）。

この物納財産の所有権が国に移転する時期について、最高裁判決は、財産税法56条の規定に基づく物納における物納財産の所有権移転時期は、物納許可の時と解するのが相当であると判示している（最判（三小）昭42.5.2民集21巻4号811頁、訟月13巻8号922頁、判時485号38頁、判タ208号103頁、最判（一小）昭51.11.4訟月22巻13号2919頁）。相続税の物納についても、これらの最高裁判決から判断して、所有権移転時期は物納許可の時であると解される。

もつとも、相続税の納付時期は物納財産について国が権利移転の對抗要件を備えた時となるから、物納許可後も相続税債権の消滅時効は進行し、消滅時効が完成すれば、いったん移転した物納財産の所有権は元の所有者に復帰することとなる。

<参考文献>

○中野編・国財実務180頁、武井康夫「相続税の物納」判タ688号479頁

問49 相続人が不存在の場合に遺産を国庫に帰属させる手続はどのようなものか

答 相続人が不存在の場合に遺産は最終的には国庫に帰属することになるが、その手続についての法令は変遷している。

解説

1 国庫帰属手続についての法令の変遷

相続人が不存在の場合に遺産は最終的には国庫に帰属することになるが、その手続についての法令は変遷している。したがって、国庫帰属手続については、①民法（明治31年法律第9号）施行前、②昭和22年法律第222号による改正前の民法（以下「改正前民法」という。）施行時、③昭和22年法律第222号改正後で昭和37年法律第40号による改正前の民法（以下「改正後民法」という。）施行時、④昭和37年法律第40号による改正後の民法（以下「現行民法」という。）施行時に分けて説明する。

2 民法施行前の絶家財産の国庫帰属手続

民法施行前において単身戸主が死亡した場合、明治17年6月10日太政官布告第20号は、「単身戸主死亡又ハ除籍ノ日より満6箇月以内ニ相続者ヲ届出サル者ハ総テ絶家トス」とし、「今般第貳拾号布告ヲ以テ絶家期限制定候ニ付テハ従前死亡又ハ除籍シタル者ハ該布告施行ノ日より満六箇月以内ニ跡相続者ヲ届出ルコトヲ得」との太政官布達14号が発せられるなど、絶家時期は法定されていたが、絶家による遺留財産の帰属を明確に規定す

第5章 国有財産の取得

る法令は存しなかった。

この点につき、大審院明治34年11月14日判決（刑事判決録7巻10号24頁）は、遺留財産は絶家と同時に無主物になると判示しており、同判決によれば、民法施行前の絶家財産のうち不動産は、民法施行と同時に無主の不動産となり民法239条2項により国庫に帰属することになる。

しかしながら、行政実務上、死亡した単身戸主に親族があるときは、単身戸主の死亡後5か年間は親族が保管し、その期間後は親族の協議により、遺留財産を親族に分配あるいは売却する等その処分は親族に任せられ、協議が調わない場合は裁判所の処分に任せられること、親族がないとき又は親族があっても遺財の取扱いを望まないときは戸長が保管し、戸長の保管期間経過後は官没し、郡区長が遺財の残余を公売に付するとされていた（明治11年司法省達丁第41号、明治17年10月27日太政官裁令、明治18年2月27日・同年9月15日各内務省指令、明治21年司法省訓令第10号、明治29年9月15日司法省回答）。そのため、これらの規定が遺財を直ちに官没させることとしていない以上、絶家と同時に相続財産は無主物になるとするのは相当でなく、民法施行時までにこの規定による清算が未了で所有権の帰属が確定していない絶家財産は、民法施行に伴い、民法施行法92条により、改正前民法1051条の法人として、最終的帰属が確定するまで存続するとの学説が有力に主張されている（醍醐隆「民法施行前における絶家の遺留財産の帰属について」訟月21巻2号485頁）。

3 改正前民法における相続財産の国庫帰属手続

改正前民法1059条1項は、相続人の存在が明らかでないときに「相続人曠缺」の手続（改正前民法1051条ないし1058条）を採ったにもかかわらず、期間内に相続人たる権利を主張する者がいなければ、相続財産は国庫に帰属すると定めている。これは、相続財産の存する場合に、いつまでも相続人が不分明であると、相続財産は無主ということになり、無主の財産を認めない民法の原則に反するのみならず、一般経済上の損失にもなることから、一定の公告期間を設けて相続財産の主体となるべき相続人又はこれを財産法上同一視されるべき包括受遺者の搜索を進めるとともに、相続

第2 法令に基づく取得

財産を法人として擬制し、その管理清算をすることとしたものである。そして、相続人等が出現しなかった場合に初めて、遺留財産は国庫に帰属することになる。ただ、改正前民法下の家督相続においては、①第一種法定推定家督相続人（直系卑属）、②指定家督相続人、③第一種選定家督相続人、④第二種法定推定家督相続人、⑤第二種選定家督相続人の順に従って新戸主が定められることになっていたから（改正前民法970条ないし985条）、相続人曠缺の手続を経て遺留財産が国庫に帰属することは少なかったようである。

なお、単身戸主が死亡し、相続人選定の手続が行われず、かつ、遺留財産がないことが明らかな場合には絶家したものとし、市町村長は監督区裁判所の許可を得て、職権をもって絶家の手続をする旨の取扱いがされていたところ（大正6年9月26日法務局長回答・民第1779号）、遺留財産があるのに絶家したとして戸籍の抹消がされたとしても、それをもって改正前民法674条にいう絶家と解することはできず、当該遺留財産が国庫に帰属することはない（東京地判昭59.1.25訟月30巻7号1122頁）。

4 改正後民法及び現行民法における相続財産の国庫帰属手続

改正後民法も、昭和37年法律第40号による改正前民法と同様に、相続財産管理人選任公告（改正後民法952条）、相続債権者・受遺者に対する債権申出催告の公告（同法957条）、相続人に対する権利主張催告の公告（同法958条）など、3回にわたる相続人搜索の公告を定め、これらの権利主張催告期間内に相続人としての権利を主張する者がいないときに相続財産は国庫に帰属するとした（同法959条）。現行民法には、新たに特別縁故者に対する相続財産の分与の制度が設けられた（同法958条の3）ため、同法959条もそれに合わせ、同法958条の3の相続財産の分与によって処分されなかった相続財産が国庫に帰属するものとされた。

5 共有者の一人が相続人なくして死亡した場合

共有者の一人が相続人なくして死亡した場合、死亡した共有者の有していた共有持分はどうなるかにつき、学説は、民法255条が適用されその者の有していた共有持分が法律上当然に共有者に帰属する結果、そもそも特

別縁故者に分与される余地がないとする説（民法255条優先適用説）と、民法255条が適用される前に同法958条の3が適用され、共有持分が特別縁故者に分与されない場合に限って共有者に帰属するとする説（民法958条の3優先適用説）の二つに分かれていた。登記実務においては民法255条優先適用説に立っていたところ（昭和38年8月22日民事甲第2359号法務省民事局長通達）、最高裁判所平成元年11月24日第二小法廷判決（民集43巻10号1220頁，訟月36巻5号836頁，判時1332号30頁，判タ714号77頁）は、共有者の一人が死亡し、相続人の不存在が確定し、相続債権者や受遺者に対する清算手続が終了したときは、その共有持分は、民法958条の3に基づく特別縁故者に対する財産分与の対象となり、財産分与がされないときに、同法255条により他の共有者に帰属するとして、民法958条の3優先適用説に立った。

6 相続財産の国庫帰属時期

民法の立法過程における立法者の見解は明らかでないものの、所定の公告期間満了によって相続財産は直ちに国庫に帰属すると考えていたようであり（公告期間満了時説）、改正後民法の下でも、学説の多くは、これと同じように相続権主張催告に関する公告期間満了時を国庫帰属時期とする見解を採っていた（中川善之助編・注釈相続法（上）366頁（柳瀬兼助）、同350頁（島津一郎）等）。そして、現行民法においても、公告期間満了時説をスライドさせた形で、「国庫帰属の時期は、特別縁故者からの請求があつて、相続財産の処分に関する審判がなされたときは、その審判の確定の時と解される。特別縁故者からの請求がなかったときにはこの審判もないわけであるから、相続人搜索の公告期間満了後3箇月という申立期間の満了した時に帰属すると考えられる。」（加藤一郎「民法の一部改正の解説（三完）」ジュリスト251号57頁）との見解が唱えられ、これが多数説となっていた。しかし、分与されなかった相続財産が現実国庫に引き継がれるまでに相当な期間が存続する場合には、その間、相続財産管理人が権限に基づいて相続財産の管理をすることができず、国において相続財産の管理に困難を来すおそれがある。したがって、審判確定時説に対し、国庫

帰属の時期は最終公告期間満了後具体的に相続財産が国庫に引き継がれた時であるとする見解が唱えられるようになった。家事事件実務においても、相続財産管理人は、分与審判確定後も相続財産が国庫に引き継がれるまでの間、家庭裁判所の監督の下にその職務として相続財産の管理を継続し、その報酬も引継ぎまでは相続財産管理人の保管する現金の中から支払がされ、相続債権者等に対する清算が分与審判時にも未了の場合、引継ぎまでは相続財産が国庫に帰属しないものとして相続財産管理人が清算を続行する取扱いであった。

このように、相続財産の国庫への帰属が決まれば財産は相続財産管理人から国庫に引き継がれ、その時点で国有財産になる。

7 国庫に帰属しない相続財産

相続人不存在の場合でも遺産が国庫に帰属しない旨の特則を定めた法令がある。著作権法62条は、著作権者が死亡した場合において、その著作権が民法959条の規定により国庫に帰属すべきこととなる場合には消滅すると規定し、特許法76条も、相続人不存在の場合の特許権の消滅を規定しており、実用新案法26条、意匠法36条、商標法35条も、この規定を準用している。これらの知的財産権については、相続人がいない以上、知的財産権を消滅せしめ、一般公衆に公開し発明の実施を容易ならしめるのが適切と考えたことから、国庫に帰属しないこととしたものである。

<参考文献>

○中野編・国財実務189頁，醍醐隆「民法施行前における絶家の遺留財産の帰属について」訟月21巻2号485頁，中川善之助編・注釈相続法（上）365頁（柳瀬兼助），同・342頁（島津一郎），中村平八郎「財産管理に関する各種家事事件処理についての実証的研究」裁判所書記官研修実務研究報告205頁

問50 解散した公益法人の残余財産は、どのような場合に国庫に帰属するか

答 解散した公益法人の残余財産のうち、定款・寄附行為によって帰属権

第5章 国有財産の取得

利者に指定された者がおらず、主務官庁の許可による当該法人の目的と類似した目的のための処分もされなかったものが、国庫に帰属する。

解説 民法は、解散した公益法人の残余財産について、まず法人設立者の意思によってその帰属が決定されとの原則を採用し、定款・寄附行為によって指定された者を第1順位の帰属権利者とするともに（民法72条1項）、定款・寄附行為によって帰属権利者が指定されなかったときは、主務官庁の許可を得てその法人の目的と類似した目的のために残余財産を処分することができるものとし（同条2項）、そのような処分もされなかったときは、最終的に国庫に帰属するものとした（同条3項）。このように、公益法人の残余財産を国庫に帰属させることとしたのは、公益法人の財産はもともと公益目的のために供することとしたものであるから、これを公益事業の代表者ともいべき国庫に帰属させることが最も法人設立者の意思を忠実に反映すると考えられたからである（梅謙次郎・訂正増補民法要義巻之一総則編156頁）。

ただし、例外として、著作権については、著作権法62条1項2号が、公益法人が解散した場合でも、その法人の著作権は民法72条3項により国庫には帰属せず消滅する旨を規定している。

<参考文献>

○中野編・国財実務200頁、梅謙次郎・訂正増補民法要義巻之一総則編152頁

問51 無主の不動産であるとして国庫に帰属するのはどのような場合か

答 無主の不動産であるとして国庫に帰属するのは、所有者が不明の不動産、相続人不存在の場合や民法施行前に絶家した場合の不動産などである。

解説 民法239条2項は、「所有者のない不動産は、国庫に帰属する。」と規定する。先占により不動産を取得し得るとすれば、現今では腕力に訴えて先占を争うに至り、安寧を害すること、又は、不動産は国家の基礎であるの

第2 法令に基づく取得

で、なるべくこれを国有とすることが政策上望ましいからである。

無主の不動産が国庫に帰属したとする裁判例としては、所有者不明の山林に関するもの（和歌山地判大6.10.26法律新聞1340号22頁）、旧幕時代に土地所有者が死亡し、相続人がなかった場合に関するもの（大判大10.3.8民録27輯422頁）、民法施行前の絶家財産に関するもの（仙台高判昭32.3.15下級民集8巻3号478頁、名古屋地判昭39.3.17訟月10巻5号740頁）がある。

逆に、無主物として国庫に帰属することが否定された裁判例として、登記簿上表題部だけがありその所有者欄に「広島市共有地」と記載されている墳墓地の所有権の帰属につき、当該土地は祠祭財産として大柿一族の祭祀を主宰するものに代々承継され、原告が当該土地を買い受けた当時、少なくとも大柿某を所有者の一人とする共有地であったとして、当該土地に対する国の所有権を否定したもの（広島高判昭62.10.16訟月34巻7号1405頁）、登記簿上表題部所有者欄に「共有地」との記載があったことから、その土地に所有者が存在することが推定され、所有者が特定し得ないことをもって当該土地を無主物ということはできないとしたもの（東京地判昭50.8.29訟月21巻10号2031頁、判時808号80頁）がある。

<参考文献>

○訟務局編・提要68頁、中野編・国財実務210頁

問52 河川法施行法4条による河川敷地の国庫帰属とはどのようなものか

答 旧河川法3条は、同法1条の河川若しくは同法4条1項の支川若しくは派川の敷地又は同条2項の附属物若しくはその敷地についての私権を排除していたところ、新河川法は河川敷地等に私権の成立を認めることとしたので、旧河川法において私権が排除されていた河川敷地等の所有権の帰属を明示する必要が生じ、河川法施行法4条は、新河川法の施行に伴い、河川行政の円滑な執行を図るため、前記河川敷地等の所有権は国に帰属するとしたものである。

解説 河川法施行法（昭和39年法律第168号。以下「新法施行法」という。）4条は、河川法（昭和39年法律第167号。以下「新法」という。）施行の際、現に存する旧河川法（明治29年法律第71号。以下「旧法」という。）1条の河川若しくは同法4条1項の支川若しくは派川の敷地又は同条2項の附属物若しくはその敷地で、同法3条の規定により私権の目的となることを得ないとされているものは、国に帰属すると規定する。

すなわち、旧法3条は、「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス」と規定しており、河川敷地等につき私権の成立を否定していた。これは、旧法成立当時の社会的法律的概念を背景に強力に河川行政を執行しようとした趣旨に基づくものであった。私権の目的となり得ないということは、国も私法上の権利の主体たり得ないという意味であり、このことは、旧法の立法理由書にも、「私人若ハ公共団体等ノ所有ニ属セザルノミナラズ又国有ニモ属セザルコト猶領海ノゴトシ」とあることから明らかである（建設省河川研究会編・河川全集第2巻河川法35頁）。これに対し、新法では、河川の敷地における私権の存在と河川の管理とは両立し得ないものではなく、私権の行使を公共用物たる河川の適正な管理に必要な限度で制限することをもって足りると考え、流水のみに私権排除の規定を残し（新法2条2項）、その他の河川敷地等には私権排除規定を置かなかったものである（建設省新河川法研究会編・逐条河川法29頁）。このように、新法は河川敷地等に私権の成立を認めることとしたので、旧法において私権が排除されていた河川敷地等の所有権の帰属を明示する必要が生じたところ、新法施行法4条は、新法の施行に伴い、河川行政の円滑な執行を図るため、上記のような河川敷地等の所有権は国に帰属するとしたものである。

この規定によれば、従前私人の所有地であって旧法2条の規定により河川区域に認定され私権の消滅した土地も、昭和40年4月1日の新法施行をもって国有とされることになる。しかし、旧法下では、河川区域や河川附属物の認定は何らの補償もなく行われ、認定と同時に旧法3条によって私権が消滅することになったのであるから、これらが廃川敷地等となった場合には、旧法44条との均衡上、従前の所有者に当該土地等を下付させるのが相当である

う。新法施行法18条は、このような廃川敷地等について旧法44条ただし書の規定はなおその効力を有するとし、当該河川の敷地が廃川敷地等となったときは、直ちに国有地とするのではなく、従前の所有者に下付しなければならないと規定した。旧法44条ただし書の規定により廃川敷地等の下付を受けようとする者は、新法施行令49条の公示の日から3か月以内に廃川敷地等を管理する者に下付を申請しなければならない、3か月を経過した後に申請があった場合には、廃川敷地等の管理者がやむを得ない理由があると認めたときに当該申請が受理される（新法施行令附則7条）。その結果、従前の所有者に下付されなかった廃川敷地等の所有権は、国に帰属することになる。

<参考文献>

○中野編・国財実務212頁、建設省河川研究会編・河川全集第2巻河川法33頁、建設省新河川法研究会編・逐条河川法26頁

問53 刑事手続による没収された財産が国庫に帰属するのはいつか

答 没収による国庫帰属の時期は、没収の判決が確定した時と解される。

解説

1 法制の概要

没収とは、現行法上、犯罪を原因として物の所有権を原所有者から剝奪し国庫に帰属させる処分であり（最判（大）昭37.11.28刑集16巻11号1577頁）、刑法19条に没収の要件が規定されている。これを刑罰という観点からいうと、被告人に対して主刑の言渡しをする際、これに付加して科することのできる付加刑であり財産刑といえることができる。なお、没収については、刑法以外に多くの特別規定があり、例えば、酒税法54条4項（無免許製造罪）に係る酒類等の物品、56条2項（無免許販売罪等）に係る酒類等の物品、関税法118条1項（禁制品の輸入、無許可輸入罪等）に係る貨物等の物品、銃砲刀剣類所持取締法36条に係る銃砲刀剣類、覚せい剤取締法41条の8に係る覚せい剤等、麻薬及び向精神薬取締法69条の3に係る麻

葉等、漁業法140条にかかる漁獲物など枚挙にいとまがない。

没収の裁判は、目的物の国庫帰属の効果を生じさせる（前掲最判（大）昭37.11.28）。国庫帰属の態様は、いわゆる原始取得であって、目的物上に存する他人の権利は一切消滅することになる（高松高判昭28.4.8高裁判集6巻5号647頁）。没収の効力については、株券に関する裁判例が多く見られるが、没収の旨渡しによって、株券自体はもちろん、株券に表彰される株主権も没収されることになる。この点につき、東京高等裁判所昭和32年4月26日判決（下級民集8巻4号423頁、訟月3巻5号35頁）は、株券が発行された場合には、株主権は株券に化体されていて、株券の授受によって株主の権利が移転するものであって、有体物と同様に物理的に管理可能な性質を有するのであるから、没収されるのは単なる紙片としての株券ではなく、株主権を表彰した株券であると判示している。

2 没収された財産の国庫帰属時期

没収による国庫帰属の効力発生時期については、学説上、①没収の執行をした時と解する説（國藤重光・刑法綱要総論（改訂版）480頁等）、②没収の判決確定の時と解する説（藤木英雄・刑法講義総論332頁等）があるところ、最高裁判所昭和37年4月20日第二小法廷判決（民集16巻4号860頁、訟月8巻5号825頁）は、没収を言い渡された株券が押収されている場合には、検察官の執行命令による執行を待たず、没収の判決確定と同時に没収の効力（没収の旨渡しを受けた者と国との間における国庫帰属の効力）が生ずるとした。また、没収物が押収されていない場合の国庫帰属の効力発生時期については、大阪高等裁判所昭和51年7月9日判決（判時841号45頁、判タ344号207頁）が、「没収物の国庫帰属の効力は、没収物が押収されているか否か及び没収物の種類（動産、株券等）を問わず、検察官の命令による執行をまたず、没収の判決確定と同時に発生すると解するのが相当である。けだし、没収は、特定物の所有権（株券没収の効力は株券に表彰される株主権に及ぶ）を原権利者から剝奪し、これを国庫に帰属せしめる処分であり、没収の判決の執行に関する刑訴法490条ないし492条の規定は、押収されていない物を没収した場合に国が取得する没収物引渡

第2 法令に基づく取得

請求権についての執行に関する規定であると解すべきである（商法205条1項所定の株券の交付を、株券没収の効力発生要件とすべき理由はない）からである。」と判示し、没収物が押収されているか否か及び没収物の種類を問わず、没収の判決確定と同時に没収物の国庫帰属の効力が発生するとした。

もっとも、没収物が押収されていない場合には、検察官の執行命令による執行によって物の占有を取得し、株式の名義書換を行い、あるいは不動産につき国庫に帰属した旨の登記を経由するなどの対抗要件が具備されるまでの間に、当該物件について権利の移転・変動が生じたときは、国庫が第三者にその所有権取得を対抗し得ない場合が生じることになるであろう。

<参考文献>

○中野編・国財実務203頁、國藤重光・刑法綱要総論（改訂版）471頁、藤木英雄・刑法講義総論327頁

第3 その他

問54 無願埋立地の所有権はどうなるか

答 私人が公有水面埋立法に基づく免許を受けずに公有水面の埋立てをしても、埋立て自体の効果として埋立地の所有権を取得することはない。判例によれば、海面下の地盤については原則として私的所有権は存在せず、投入された土砂も地盤に附合しないから、公有水面埋立法35条1項ただし書による原状回復義務の免除等の措置がされない限り、無願埋立地は所有権の対象となる不動産とはならない。

解説

1 無願埋立地とは、公有水面埋立法に基づく免許を受けずに埋め立てられた陸地をいい、当初から免許を受けなかった場合や、免許が失効した場合の埋立ても（公有水面埋立法34条）無願埋立地と同様の扱いとなる。無願埋立地の所有権がだれに帰属するかに関しては、裁判例、学説に対立があるが、いずれの見解によっても、無願埋立人が当該埋立地の所有権を、埋立てそれ自体の効果として取得することはない。登記実務上も、無願埋立てによって公有水面が事実上陸地化しても、それは民法上の「土地」とは認められず、登記能力を備えていないから、表示の登記をすることはできないとされている（有馬厚彦・実務表示登記総論81頁）。

2 判例及び学説を整理すると以下のとおりとなる。

(1) 海底の地盤の土地性について

海底の地盤の土地性を肯定するか否かについては、土地性肯定説と土地性否定説（ないし折衷説）の争いがあるが、いわゆる田原湾干潟訴訟における最高裁判所昭和61年12月16日第三小法廷判決（民集40巻7号1236頁，訟月33巻8号2099頁，判時1221号3頁，判タ629号100頁）は折衷説を採り、海底の地盤については、原則的には土地性を否定しつつ、「国が行政行為などによつて一定範囲を区画し、他の海面から区別

第3 その他

してこれに対する排他的支配を可能にした上で、その公用を廃止して私人の所有に帰属させることが不可能であるということはできず、そうするかどうかは立法政策の問題であつて、かかる措置をとった場合の当該区画部分は所有権の客体たる土地に当たる」が、現行法は、「海について、海水に覆われたままの状態である一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させるという制度は採用していない」と判示した（問9参照）。

この最高裁判決の立場からすると、海底の地盤が民法上の土地とは認められないことになる。

(2) 附合肯定説

海面下の地盤は、民法242条の不動産そのもの（土地性肯定説）あるいはこれに準じるもの（土地性否定説・折衷説）であり、その地盤に何ら権原なく土砂を投入したときは、民法242条によって附合を生じるという見解である（寶金・新訂版里道205頁）。名古屋高等裁判所昭和35年12月27日判決（高民集13巻10号884頁），名古屋高等裁判所昭和54年2月28日判決（判時933号76頁）などがこの見解をとっている。

附合肯定説に立ちつつ、土地性肯定説に立てば、陸地化した無願埋立地は、当然国有地と解することになるし、土地性否定説に立てば、附合により新たな土地が生じたことになり、陸地化した無願埋立地は、国有地となると解される。

(3) 附合否定説

土砂は依然として投入者の所有する動産であつて、海底の地盤に附合しないとする見解である。前記名古屋高等裁判所昭和54年2月28日判決の上告審判決である最高裁判所昭和57年6月17日第一小法廷判決（民集36巻5号824頁）の立場である。

附合否定説に立ちつつ、土地性肯定説に立てば、国有地である海底の地盤に他人の動産たる投入土砂が置かれているにすぎないことになる。

また、海底の地盤の土地性否定説ないし折衷説に立てば、海底の私的所有権の対象とならない地盤上に動産たる土砂が置かれているだけであつて、無願埋立地は民法上の土地ではなく、土砂（動産）の不法投入

者が地盤の管理者たる国に対し、原状回復義務（公有水面埋立法36条、35条1項）を負担しているだけの状態であるとの結論になる（浅生重機・最高裁判所判例解説民事篇昭和57年度481頁）。

前記最高裁判所昭和61年12月16日第三小法廷判決及び最高裁判所昭和57年6月17日第一小法廷判決を総合すると、附合否定説かつ土地性否定説（折衷説）に立つことになる。公有水面埋立法36条、35条2項が原状回復義務の免除がなされた場合に限って、投入土砂を「無償ニテ国ノ所有ニ属セシムルコトヲ得」と規定しているのは、この附合否定説に沿うものであるといえよう。

そして、この両最高裁判決からすれば、海面の埋立工事が完成して陸地が形成されても、同項に定める原状回復義務の対象となり得る限りは、海面下の地盤の上に独立した動産たる土砂が置かれているにすぎないから、この時点ではいまだ当該埋立地は私法上所有権の客体となる土地に当たらない（最判（二小）平17.12.16）。

もっとも、この両最高裁判決を総合した立場に立つとしても、都道府県知事が公有水面埋立法35条1項ただし書によって原状回復義務を免除した後に国が当該無願埋立地を普通財産に組み入れ、あるいは登記をしたときは、もはや元の公有水面に戻ることもなく土地として存続することが確定したとみるべきなので、土砂は地盤に附合するといえるべきであろう（浅生・前掲書482頁）。

また、高松高等裁判所平成8年3月29日判決（民研476号48頁）は、県知事が無免許埋立工事者に対し原状回復義務を免除し、埋立てにかかる土砂の所有権を無償で国の所有に帰属させる旨の処分を行ったときは、もはや国がその費用で原状回復するということは通常考えられないから、その時点で埋立地は公有水面に復元されることなく土地として存続することが確定し、同時に埋立てのため投入された土砂は公有水面の地盤に附合し、国の所有に帰するものと解するのが相当であると判示している。

さらに、最高裁判所平成17年12月16日第二小法廷判決は、竣功未認可

の埋立地であっても、長年にわたり当該埋立地が事実上公の目的に使用されることもなく放置され、公共用財産としての形態、機能を完全に喪失し、その上に他人の平穩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、これ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、公有水面埋立法35条1項に定める現状回復義務の対象とならないと解すべきであり、当該埋立地は、もはや公有水面に復元されることなく私法上所有権の客体となる土地として存続することが確定し、同時に、黙示的に公用が廃止されたものとして、取得時効の対象となるというべきであると判示している。

なお、公有水面埋立法施行（大正11年）前の立法措置による払下げのあった海面下の地盤の法律関係に関して、福岡高等裁判所平成14年11月28日判決（訟月49巻10号2891頁）は、前記最高裁判所昭和61年12月16日第三小法廷判決を引用しつつ、明治4年8月大蔵省達第39号及び明治8年2月7日内務省達乙第13号は、海水の常時侵入する地所についても、これを払下げにより私人の取得し得る権利の対象としており、現場で区画を定めて私人に払い下げられその後陸地となった海岸寄洲及び海面については、排他的総括支配権を取得するとして、例外的に私的所有権が認められる場合があることを判示した（最判（一小）昭52.12.12訟月24巻1号25頁も同旨）。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道203頁、浅生重機・最高裁判所判例解説民事篇昭和57年度481頁、有馬厚彦・実務表示登記総論81頁

問55 寄洲の所有権はだれに帰属するか

答 寄洲の所有権の帰属については、国に帰属するとするもののほか、種々の見解がある。

解説

1 寄洲の意義等

寄洲とは、海岸や河川において、土砂が風や波の作用で堆積し新たに形成された陸地をいい、土砂の堆積が自然現象によるものである点で埋立地と異なり、同じく自然現象であっても、地盤自体の隆起による土地の形成とはその成因を異にする。つまり、寄洲の場合は、陸地に動産たる土砂が接合して新たな陸地を形成するものであるが、自然隆起地の場合は、陸地に不動産たる地盤が接合し新たな陸地を形成するという違いがある。また、自然現象による土砂の堆積であっても、既存の陸地と接続しない島状の砂州とも異なる。

2 寄洲の所有権の帰属について

寄洲の所有権の帰属については種々の見解がある。それらの見解については、寶金・新訂版里道212頁以下に詳細に述べられているが、同書によると、①附合・筆界移動説（寄洲の分だけ隣接する土地が膨張するとの見解であり、民法242条本文に「不動産の所有者は、その不動産に従として付合した物の所有権を取得する。」と規定されていることを論拠とする。）、②附合・筆界不変説（既存の土地の筆界（境界）は動かないが、既存の土地の所有者が寄洲の所有権を取得するとの見解であり、筆界一般に関する議論に依拠して、筆界は不変であるとしつつ、なお民法242条の規定による寄洲の所有権取得を論拠とする。）、③附合否定説（寄洲は、海面下にあったときと同様、既存の陸地とは全く別個独立の不動産として存在するという見解であるが、㌸海面下の地盤についての土地性肯定説に立脚して、支配可能性のある地盤である限り、海面下であっても不動産として所有権の対象となると解する立場から、海面下にあった地盤が海面上に顔を出すに至ったからといって、所有権の得喪を生じるはずがないとするものと、㌹土地性否定説に立脚しつつ、寄洲形成による筆界の移動は認め難く、かつ、土地の上部への附合はあり得ても、土地の筆界の外への附合はあり得ないとして、附合を否定し、無主の不動産となるとするものがある。）があるとされる。

①又は②の見解によれば、寄洲の所有権は、既存の隣地所有者に帰属す

るということになり、③㌸の見解によれば、自然海没地、人工海没地、私下海面に形成された寄洲については、当該海面下の地盤の従前からの所有者に帰属し、その他の海面に形成された寄洲については、海の所有者たる国に所有権が帰属することになり、③㌹の見解によれば、無主の不動産（民法239条2項）として国庫に帰属することになる。

3 寄洲の所有に関する裁判例及び登記実務

大審院明治37年7月8日判決（民録10輯1061頁）は、河川法施行前の河川敷内に生じた寄洲につき、公所有権の法理を適用し、民法の附合理論を排斥し、また、寄洲を無主の不動産とみて国有地と認定しており附合否定説に立っているといえよう。また、山口地方裁判所下関支部昭和60年11月18日判決（判例地方自治30号65頁）も、「（寄洲は）接岸地に附合することなく国の所有に属するもの」であるとしている。

さらに、福岡高等裁判所那覇支部平成11年12月21日判決（訟月47巻12号3587頁）は、私有地がいったん海没しても土地の特定性と支配可能性が失われない限り、自然堆積により、再度陸地化した場合には、元の所有者の所有権が肯定されると判示している。

なお、登記実務においては、昭和36年6月6日法務省民三発第459号民事局第三課長回答は、海岸の寄洲に建築された建物の所在をどのように表示するかとの照会に対し、「寄洲は、その附合した土地の一部であるから、当該土地の地番をもって当該建物の所在を表示すべきである」としている。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道211頁

問56 海面下の地盤が隆起して陸地化した場合に、その所有権はだれに帰属するか

答 自然隆起地の所有権は国に帰属し、再隆起地は海没前の所有者に帰属する。

解説

1 自然隆起地

海面下の地盤が自然現象によって隆起した場合の土地を自然隆起地という。寄洲との関連は、問55参照。

海面下の地盤が自然に隆起した場合、その所有者は国である。裁判例として、大地震によって隆起した海岸につき、国有地と認定したもの（東京地判昭56.7.23判タ465号134頁）や自然に干上がってできた土地（自然に陸地化した土地）が国有地であることを前提として時効取得の成立を否定したもの（和歌山地判昭62.5.27判例地方自治42号68頁）などがある。

2 再隆起地

ある土地が海没後、再び自然現象で陸地（再隆起地）となった場合の土地を再隆起地という。

まず、ある土地が自然現象により海没した場合、所有権の客体たる土地性を喪失するか否か問題となるが、いわゆる田原湾干潟訴訟における最高裁判所昭和61年12月16日第三小法廷判決（民集40巻7号1236頁，訟月33巻8号2099頁，判時1221号3頁，判タ629号100頁）は、海底の地盤の土地性を原則否定したが（折衷説），傍論ながら、「私有の陸地が自然現象により海没した場合についても、当該海没地の所有権が当然に消滅する旨の立法は現行法上存しないから、当該海没地は、人による支配利用が可能でありかつ他の海面と区別しての認識が可能である限り、所有権の客体たる土地としての性格を失わないものと解するのが相当である。」と判示している。一方、海底の地盤の土地性を否定する登記先例（土地性否定説）は、春分・秋分において、海面下に没する土地については、私人の所有権を認めず、また、「土地が海面下に没するに至った経緯が天災等によるものであり、かつ、その状態が一時的なものである場合には、私人の所有権は消滅しない。」としている（昭和36年11月9日民事甲第2801号民事局長回答）。この最高裁判決の趣旨を踏まえると、海没したとはいっても常時海面下にあるという状態ではなく、干潮時には陸地化することであれば支配可能であり、かつ、海没前の海・陸の境界を復元し得るのであれば、土地

性を喪失しないこととなる。そこで、これが再隆起したのであれば、再隆起地の所有権は海没前の所有者に帰属すると解される。

<参考文献>

○資金・新訂版里道200頁

問57 国有財産を取得する事務を所管する国の機関はどこか

答 国有財産の取得は、原則として普通財産は財務大臣（国有財産法6条）、行政財産は各省各庁の長（同法5条）の権限で行われる。

解説 国有財産法1条は、「国有財産の取得、維持、保存及び運用（以下「管理」という。）並びに処分については、他の法律に特別の定のある場合を除く外、この法律の定めるところによる。」と規定し、管理及び処分の機関については、行政財産の管理は各省各庁の長（国有財産法5条）、普通財産の管理及び処分は財務大臣（同法6条）とし、さらに国有財産の総轄の機関を財務大臣（同法7条）と定めている。

国有財産の取得は、法令の規定により財務大臣が普通財産を取得するなど特別の場合を除き、各省各庁の長の権限で行政財産とする目的で財産を取得することになるが、各省各庁の長は「行政財産とする目的で土地又は建物を取得しようとするとき」は、国有財産法13条の規定により国会の議決を経なければならない場合及び政令で定める場合（国有財産法施行令11条に規定）を除き、「財務大臣に協議しなければならない」ことになっており（同法14条1号）、同法施行令9条に協議書に添付すべき書類等の内容が定められている。また、各省各庁ではそれぞれ訓令で各所管の国有財産の取扱いについての規則を定めているが、その中に取得手続についての定めも置かれている。

<参考文献>

○中野編・国財実務105頁

問58 国が土地を取得しようとする際に財務大臣への協議が必要とされるのはどのような場合か

答 行政財産とする目的で、交換又は寄附により土地を取得する場合及びそれ以外の原因で面積が1500平方メートルを超える土地を取得する場合には、財務大臣への協議が必要である。

解説

1 概説

国有財産法14条1号は、国有財産を所管する各省各庁の長が行政財産とする目的で土地又は建物を取得しようとするときは、原則として、あらかじめ国有財産の管理の総轄機関である財務大臣に協議すべきことを規定している。行政財産は、行政目的を遂行するために必要な物的手段であり、その変動は国有財産の管理及び処分上特定の制約の下におくべき性質のものだからである。国有財産法が国有財産の管理機関の変更を生ずる場合に協議という方式を採用することは、総轄機関である財務大臣が協議を受けることにより国有財産の管理全般の立場からの適正な運用を図ることができるように規定したものである。

2 協議の意義及び時期

「協議」とは、行政機関が一定の行為をする場合に、その事項が他の行政機関の権限に関連するときにその行政機関に合議するときに用いられる言葉であり、国有財産法14条が、「…協議しなければならない。」と規定しているのは、単に協議文書を提出するだけでは足りず、協議が成立しなければならないことを意味する（建部編・国財法精解224頁）。協議は、契約の締結前になされることを要し、事後の協議は違法である。なお、土地取得のため相手方と種々交渉することは差し支えないであろうが、仮契約の締結、又は財務大臣の同意を停止条件とする契約は、違法ではないが既成事実をもって事実上総轄権の作用を制限するので好ましくない。

また、土地の取得に協議が必要なのは、土地は国有財産のうちでも特に重要な財産であり、財産の利用上もその総合調整が必要であるからである。

3 協議事項の例外

各省各庁の長が行政財産とする目的で国有財産を取得する場合は、原則として国有財産の総轄機関である財務大臣に協議が必要である（国有財産法14条1号）。しかし、寄附又は交換以外による取得の場合で土地の面積が1500平方メートルを超えないときなどは、財務大臣に協議をしなくてもよい（国有財産法施行令11条1号、2号、3号及び14号）。これは財産の数量が少なく、影響するところが小さい等の理由からである。

なお、交換又は寄附により取得する場合には、原則として財務大臣に協議を要する。理由としては、国が新たに国有財産を取得する場合は、その取得費を予算に計上して国会の議決を経ることが予算制度の原則であることから、現金収支の伴わない物々交換の方法で国の需要を満たすことは、国の財政制度の例外である。そこで財政法9条は、「国の財産は、法律に基づく場合を除く外、これを交換し……てはならない。」と規定し、法律の根拠がある場合に限って認められている。また、国が国以外の者から寄附を受けることは、寄附者の負担において利得することになり、国の行政執行上適当でないと認められる場合が多いことから、閣議において抑制の方針がとられている（昭和23年1月30日閣議決定「官公庁における寄附金等の抑制について」昭和30年9月26日内閣閣甲第123号）。このようなことから、交換又は寄附の場合については、原則として財務大臣に協議を要するものとされた。

<参考文献>

○建部編・国財法精解222頁、比護正史ほか・行政財産の実務153頁、156頁

第6章

国有財産の喪失

第6章 国有財産の喪失

第1 国有財産の売払い

問59 国有財産は売り払うことができるか

答 国有財産法上、行政財産は売り払うことができないが、普通財産は売り払うことができる。

解説

1 国有財産の処分

国有財産の処分とは、国有財産の管理の対立概念であり、売払い、交換、譲与、信託、建物の取壊し等のように財産に関する所有権その他の財産権を消滅させる行為をいう。財産の処分には、対価を得る場合と対価を得ない場合とがある。前者に属するものとしては売払い、交換及び出資があり、後者に属するものとしては譲与、信託及び放棄がある。

国有財産のうち行政財産については、国有財産法が、「行政財産は、これを貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、信託し、若しくは出資の目的とし、又はこれに私権を設定することができない。」(同法18条1項本文)、「前項の規定に違反する行為は、無効とする。」(同条2項)と規定してその処分を認めていない。これは、行政財産が国の行政目的を遂行するための物的手段であることから、その本来の用途又は目的が阻害されるおそれがあることを防止するためにほかならない。行政財産の処分行為は、行政財産の本来の用途又は目的を阻害することとなることは明らかであり、絶対禁止されるべきことは当然であるといえる。

これに対し、普通財産については、国の行政目的に直接供されない財産であることから、国有財産法20条1項が、「普通財産は、第21条から第31条までの規定によりこれを貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、信託

し、又はこれに私権を設定することができる。」と規定してその処分を認めている。

<参考文献>

○建部編・国財法精解64頁，294頁，305頁

問60 国有財産の売払いに關する事務を所管する國の機關はどこか

答 国有財産の売払いに關する事務の所管は原則として財務大臣である。
なお、財務局長等に事務の一部が委任されている。

解説

1 普通財産の管理処分機關

普通財産の管理処分機關は原則として財務大臣とされている（国有財産法6条）。行政財産は処分ができないのに対し、普通財産は管理のほか処分もすることができる（国有財産法18条，20条）。財務大臣が普通財産の管理処分機關とされているのは、普通財産が収益財産として國家の財政収入の源泉の一つであることから、その管理処分を國家財政を所掌している財務大臣が一元的に行うことが適當とされたからである。

なお、普通財産の管理処分機關としての財務大臣の地位（国有財産法6条）は、行政財産の管理機關としての財務大臣の地位（国有財産法5条）又は国有財産の總轄機關としての財務大臣の地位（国有財産法7条）とは異なるものである。例えば、財務大臣の所管する普通財産を財務大臣の所管する行政財産とする場合には、所管換として取り扱うこととなる。

普通財産の管理処分機關としての財務大臣の事務の一部は、行政財産の管理事務と同様にその委任が認められるが、これについては、普通財産取扱規則（昭和40年大蔵省訓令第2号）をもって財務局長等に委任され、さらに、その財務局長等の行う事務の一部を財務事務所長等に取り扱わせることができることとされている（同規則1条）。

したがって、国有財産の売払いに關する事務の所管は財務大臣であり、

その事務の一部が財務局長等に委任されている。

2 普通財産の管理処分機關の例外

普通財産は財務大臣が管理処分をすることから、各省各庁の長が行政財産の用途を廃止することによって普通財産となったもの等については、遅滞なく財務大臣に引き継がなければならないとされている（国有財産法8条1項本文）。

しかし、あらゆる普通財産について財務大臣が管理処分することは適當でない場合もあるので、次の場合にはその例外が認められている。

(1) 登記特別会計等の特別会計に属する普通財産（国有財産法8条1項ただし書，同法施行令4条）。

これらの特別会計は、引継不要特別会計と呼ばれている。財務大臣への引継ぎを不要としている理由は、特別会計の有する普通財産の処分収入も特別会計の歳入として、國が特定の事業を行う場合等の財源に組み入れることが特別会計制度（財政法13条）の趣旨に合致するからである。

(2) 財務大臣に引き継ぐことを適當としない普通財産（国有財産法8条1項ただし書，同法施行令5条）

これは、交換に供するもの、使用に耐えない建物等で取壊しを目的とするもの、あるいは技術その他の關係からその管理処分を財務大臣において行うことが不適當と認められるもの等である。このような普通財産は、むしろそれを所管する各省各庁の長にゆだねるほうが、より効率的な処理が図られるからである。

なお、技術その他の關係から引継ぎ不適當として取り扱われている例としては、次のものがある。

① 特許權等について、行政財産としての用途を廃止した場合又は普通財産として取得した場合（平成13.5.30財理第2095号「国有財産法第2条第1項第5号に規定する特許權等について」）

② 公共の用に供する国有地が、公有水面埋立法（大正10年法律第57号）に基づく埋立てに關する工事の施行により不要となった場合（平

成13.5.25財理第1915号「国有財産法施行令第5条第1項第4号による引継不適当財産について（公共用財産関係）」

- ③ 国土交通省所管の公共用財産を、下水道法（昭和33年法律第79号）に規定する公共下水道又は都市下水路の用に供するため用途廃止した場合において、これらを同法36条の規定により、公共下水道管理者又は都市下水路管理者である地方公共団体に譲与する場合（平成13.5.25財理第1915号「国有財産法施行令第5条第1項第4号による引継不適当財産について（公共用財産関係）」）
- ④ 日本道路公団、独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構及び本州四国連絡橋公団（以下「公団等」という。）が行う道路建設工事又は鉄道建設工事において、国土交通省所管の道路法（昭和27年法律第180号）の適用のない道路（以下「里道」という。）及び同省所管の河川法（昭和39年法律第167号）の適用又は準用のない水路（以下「水路」という。）の付替えが行われた場合、これら代替施設の設置に伴い用途廃止される里道又は水路の敷地を公団等が実施する道路建設工事又は鉄道建設工事の用に供する場合（平成13.5.25財理第1916号「日本道路公団、独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構又は本州四国連絡橋公団の道路建設工事又は鉄道建設工事の施行に係る道路、河川等の付替えに伴う国有財産の整理について」）

<参考文献>

○国有財産法研究会・国有財産 法と制度と現状と（改訂版）36頁、建部編・国財法精解92頁、107頁

問61 国有財産の売払いの法的性質はどのように解されているか

答 国有財産の売払いは、その性質は民法上の売買であるが、民法のほか会計法、予算決算及び会計令等の会計法規による規制を受ける。

解説

1 普通財産の売払い

普通財産の売払いは、金銭を対価として財産を譲渡することであり、普通財産の処分の中で最も典型的な方法である。普通財産の売払いは、民法上の売買であり、基本的には民法の規定によって処理される。しかしながら、普通財産の売払いの場合には、国有財産の特質から、処分の目的達成を確保するための用途指定等の規制を受けるほか、契約に当たっては、会計法、予算決算及び会計令、国の債権の管理等に関する法律等の規定に従わなければならないことから、私人間における売買契約とは異なる点が多い。

普通財産の売払いは、その売買契約の方法により、競争契約による売払いと随意契約による売払いとに分けられ、売買代金の納付の方法により、代金即納の売払いと代金延納の売払いとに分けられる。また、売払価額をその財産の時価額とするか又は時価から一定割合を減額した額にするかによって、時価売払いと減額売払いとに分けることができる。

国有財産法は、普通財産の売払いについては、用途指定に関する規定（29条及び30条）と売払代金の納付に関する規定（31条）を置いているにすぎない。

2 裁判例

普通財産の売払いの性質に関する裁判例としては次のものがある。

- ① 東京地方裁判所昭和32年9月26日判決（訟月3巻11号13頁、判時132号7頁）

普通財産の売払いは通常の場合私法上の売買と解すべきである。特に物納財産の売払いについては財産税法が物納による税の納付を認めた理由を考えると、納税者が現金を保有してはいないけれども、それ以外の財産を有する場合にこれらの財産を納付して金銭による税の納付に代えさせ、もって納税者の納税義務の履行を容易にさせることにありと解することができるから、物納された財産は国においてこれを換価して歳入に充てることを唯一の目的として存在するものといえることができる。したがって、国有財産法の定めるところにより大蔵大臣がなす物納

財産売払行為は、単に代金を得て国の歳入に充てることのみを目的とするのであって、それ以外に公共的見地においてその管理、処分につき監督する必要は全くないのであるから、当該売払行為は、国がその優越的地位に基づいて、私人に対し公権力を発動するものではなく、国が買受人と全く対等の立場においてなす私法上の売買契約にほかならない。

- ② 松山地方裁判所昭和53年5月30日判決（行集29巻5号1095頁，訟月24巻9号1766頁，判時931号51頁）

用途廃止により普通財産となった土地（原子力発電所建設予定地）について、四国財務局松山財務部長がした電力会社に対する売払行為は、私法上の行為であり、たとえ当該売払いが県知事の用途廃止処分と密着した一連のものであり、かつ、原子力発電所の建設用地に供するためのものであっても、その判断を左右するものではない。

- ③ 東京地方裁判所昭和61年12月11日判決（訟月33巻8号2092頁，判時1218号58頁）

普通財産である国有財産の売払いは、私法上の売買であって、取消訴訟の対象となる行政処分には該当しないものと解されるから、本件売払いは、行政処分に当たらないものというほかはない。

<参考文献>

○国有財産法研究会・国有財産 法と制度と現状と（改訂版）215頁

問62 国有財産の売払いの効力が生じる時期はいつか

答 国有財産の売払いについて契約書を作成するときは、契約書を作成した時に契約が成立し、契約の効力が生じる。

解説 会計法29条の8第2項は、「前項の規定により契約書を作成する場合においては、契約担当官等が契約の相手方とともに契約書に記名押印しなければ、当該契約は、確定しないものとする。」と規定し、会計法29条の8第1項により契約書を作成するときは、その作成が契約成立の要件となる旨

を明らかにしている（問50参照）。

<参考文献>

○細野清史・最新会計法精解増補版525頁

問63 国有財産の売払いが無効又は解除されるのはどのような場合か

答 国有財産の売払契約に民法上の無効原因があれば、当該契約は無効である。また、民法上の解除原因がある場合のほか、用途指定した売払契約に違反した場合にも解除できる。

解説

1 売払契約の無効

国有財産の売払いの性質は民法上の売買であり、民法上の無効原因があれば、当該売払契約は無効となる。例えば、公序良俗違反（民法90条）、錯誤（同法95条本文）、無権代理（同法113条1項）などである。

次に、国有財産の売払いは民法のほか会計法、予算決算及び会計令等の会計法規による規制を受けるが、この規制は、原則として、国内部の職員に対する訓示規定であって、これらの会計法規に違反した契約であっても、当然には無効とならないとするのが裁判例である。例えば、会計法11条（昭和24年法律第24号による改正前の会計法11条）、予算決算及び会計令（昭和22年勅令165号，昭和24年政令第69号による改正前のもの）（以下「予決令」という。）68条及び69条については、「予算及びこれに関する財政、会計法規は、その性質上、原則として一般国民を対象とする規範ではなく、政府その他の国家機関を羈束する法的性格を有するものであるから、政府機関が私人との間に結んだ契約がたとえ予算に従わない違法なものであつても、それが両者の結託により私利を図り、あるいは国に損害を加える明白な意図のもとに結ばれたというような特別な事情がある場合は別として、原則として右契約の私法上の効力には影響を及ぼさないと解するのが相当である。」とされ、予決令68条及び69条については、「旧会計規

第6章 国有財産の喪失

則（明治22年勅令第60号）第81条、現行会計法第29条の8第2項のように、契約担当官等の署名（または記名）及び捺印がなければ契約は確定しないものとする旨の文目は使用されておらず、したがって、前記予決令第68条、第69条の規定は、その所定の契約書の作成をもつて契約の成立要件としたものではなく、契約担当官に対し証拠を確保する趣旨で所定の契約書の作成を命じたものと解するのが相当である。そうだとすれば、右予決令施行当時における国の契約書は私人の契約書と同様、契約の証拠方法としての性質を有するにすぎないから、たとえ予決令所定の要件を具備しない場合においても、右形式的事由によつて契約の成立及び効力が否定されるいわれはない」とされている（東京高判昭56.1.26判タ444号105頁）。他に、入札手続が予決令（昭和37年政令第314号による改正前）83条、86条、88条、98条に違反していた場合の売買契約（岐阜地判昭30.11.14訟月2巻1号87頁）、国有財産法14条所定の大蔵大臣との協議を経ないで締結された行政財産の買受契約（東京高判昭36.6.29下民集12巻6号1473頁）などが有効とされている。

しかしながら、会計法29条の8の規定は同様に解することはできない。同規定においては、落札の決定によって主体部分について部分的に契約が成立し、契約書の作成によって契約上のすべての条件が充たされ、完全に成立し、効力が発生すると解釈されている（細野後掲書532頁）。

また、無権限でなされた契約が無効であることはいうまでもない。普通財産の管理処分機関でない者が締結した普通財産の売払契約が無効であるとした裁判例として、東京地方裁判所昭和37年7月30日判決（訟月8巻9号1405頁）がある。

2 売払契約の解除

国有財産の売払いの性質は民法上の売買であり、民法上の解除原因があれば、当該売払契約は解除できる。例えば、契約の相手方による代金支払の遅滞（民法541条）や履行不能（同法543条）の場合などには、国は売払契約を解除できる。

また、国有財産の売払契約に独自のものとしては、用途指定をして普通

第1 国有財産の売払い

財産の売払いをした場合において、指定期日を経過してもなおこれをその用途に供せず、又は指定用途に供した後、指定期間内にその用途を廃止した場合の解除がある（国有財産法30条）。

東京地方裁判所昭和31年12月24日判決（訟月3巻2号44頁）は、国有地の売払契約に際して付された用途指定の特約に違反する事実を認めた上、国はその事実を知りながら半年ほど売買契約を維持して原告に対し代金の支払を督促し続けたから解除権を放棄したとの主張について、用途指定違反の事態を国が承認したものとはいえず、解除権放棄の事実も存在しないと判示するとともに、違反の原因たる転売契約が解除されたからといって違反の事実は抹消できず、違反を理由とする契約解除は有効であると判示した。

<参考文献>

○細野清史・最新会計法精解増補版532頁、田中二郎・新版行政法下巻全訂二版227頁

問64 指定代理人が国有財産の売払いを内容とする裁判上の和解をすることはできるか

答 指定代理人が国有財産の売払いを内容とする裁判上の和解をすることはできない。行政庁の契約担当官が売買契約を締結した後、相手方に訴えを取り下げさせて、訴訟を終了させる方法が妥当である。

解説

1 指定代理人の権限

指定代理人の権限として、指定代理人が普通財産を売り払うことを内容とする和解をすることができるか否かについては、積極、消極の両説があるが、訟務の実務においては、消極説による運用がされている。

積極説は、指定代理人は、代理人の選任以外の一切の裁判上の行為をすることができること（国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権

限等に関する法律8条本文)、訴訟上の和解は、訴訟物以外についてもすることができることなどを根拠としており、同説によると思われる裁判例(長崎地判昭36.2.3行集12巻12号2505頁)もある。

消極説は、国有財産法では、財務大臣に普通財産を処分する権限があるとされている(国有財産法6条)ことから、実体法上の処分行為は、財務大臣の権限に基づき、その責任において行うべきであり、指定代理人が実体法上の処分を伴う和解をすることはできないとする説である。

積極説によると、①指定代理人は本来の処分行政庁の指揮監督を受けるのか、それとも法務大臣の指揮監督を受けるのかという問題を生じること、②「国の債権の管理等に関する法律」の適用を受ける金銭債権についての裁判上の和解の場合には、指定代理人の権限に制約があること(同法38条3項)、③仮に、特段の積極的な行政庁の処分を必要とする内容についても和解する権限や訴訟物以外の権利関係について和解する権限を指定代理人に認めた場合、指定代理人と行政機関の権限が競合することになり、その間に優劣がないとされていることから、ふくそうした関係が生じ、権限を有する行政機関との間で事後の措置をめぐって新たな問題が生ずることともなることから、訟務の実務においては、消極説による運用がされている。

2 国有財産の売払いを内容とする和解の可否

国有財産の所有権確認請求事件等で国有地の売払いという形で事件を解決する場合、消極説によれば、行政庁の契約担当官に売買契約を締結させ、その後に関手方に訴えを取り下げさせて、訴訟を終了させる方法が妥当である。しかし、飽くまでも裁判上の和解による解決を相手方が望んだ場合は、行政庁の契約担当官が売買契約を締結した上、売買契約が成立したことを確認する旨の和解、例えば「〇〇〇の売買契約が成立したことを確認する。」との条項で和解することもできよう。

<参考文献>

○訟務局編「和解・調停の留意事項」(訟務資料430-408)23頁、訟務事務研究会編・訟務事務の手引(新版)156頁

第2 その他の原因による喪失

問65 国有地は時効取得の対象となるか

答 国有地のうち、普通財産は時効取得の対象となる。行政財産は、その性格から、原則として時効取得の対象とならないが、いわゆる黙示の公用廃止が認められる場合には時効取得の対象となる。

解説

1 普通財産の時効取得

普通財産は、行政財産と異なり、貸し付け、交換し、売払い、譲与し、信託し、又はこれに私権を設定することができると規定されており(国有財産法20条)、国の私産の性質を持つものである(建部編・国財法精解349頁)。実質的にみても、行政財産のように直接に国の行政目的に供されるわけではないことから、私人の所有財産と性格を異にするものではなく、時効取得の対象となると解されている(大判昭7.10.26民集11巻2051頁、名古屋地判昭46.9.30判時652号63頁、判タ271号217頁)。

2 行政財産の時効取得

これに対し、行政財産は、直接に国の行政目的に供される財産であって、原則として私権の設定等が禁じられており(国有財産法18条1項)、いわゆる公物である。公物たる行政財産は、公物のままでは時効取得の対象とはならないと解されている。

特に問題となるのは、国や地方公共団体による管理が不十分な里道や普通河川といった法定外公共用物であるが、最高裁判所昭和51年12月24日第二小法廷判決(民集30巻11号1104頁、訟月22巻12号2742頁、判時840号55頁、判タ345号192頁)は、国有水路の取得時効に関し「公共用財産が、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、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穩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

第6章 国有財産の喪失

やその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなつた場合には、右公共用財産については、黙示的に公用が廃止されたものとして、これについて取得時効の成立を妨げないものと解するのが相当である。」と判示して、いわゆる黙示の公用廃止が認められる場合には、公共用財産についても時効取得の対象となるとした。

問66 公共用財産について、黙示の公用廃止が認められるのはどのような場合か

答 公共用財産が、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、公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、その物の上に他人の平穩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、いわゆる黙示の公用廃止が認められる。

解説

1 黙示の公用廃止の4要件

最高裁判所昭和51年12月24日第二小法廷判決（民集30巻11号1104頁，訟月22巻12号2742頁，判時840号55頁，判タ345号192頁）は、従来の大審院判例を変更して、公共用財産について黙示の公用廃止が認められれば、取得時効の対象となると判示した。

この最高裁判所昭和51年12月24日第二小法廷判決は、黙示の公用廃止が認められる要件として、①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ること、②公共用財産としての形態、機能を全く喪失していること、③その物の上に他人の平穩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がないこと、④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ことを掲げている。

どのような事実関係の下でこの4要件が充足されるかは個々の具体的事件において判断されなければならないものであり、その意味においては、

第2 その他の原因による喪失

この4要件は抽象的判断基準にすぎず、その意味・内容は必ずしも明確であるとはいえない。すなわち、①の放置されているとはどのようなことで、その期間はどのくらいの期間を要するのか、②の形態、機能の喪失とはどういう場合のどの程度に至ったものをいうのか、③の公の目的が害されるようなことがないとの判断は何を基準としてするのか、また、公の目的は、そのものの当初の目的に限定されるのかどうか、④の維持すべき理由についての判断基準はどのようなものかなどである。しかし、裁判例の集積により、これらの4要件の意味・内容や判断手法も次第に具体化されている。例えば、②の要件である公共用財産としての形態、機能の喪失が認められるためには、当該部分のみに着目するのではなく、公共用財産を供用された目的に即し、地域的広がりを持った全体として観察し、原状回復が可能か否かを判断して決すべきである（東京高判平3.2.26訟月38巻2号177頁）。また、④の要件である公共用財産として維持すべき理由については、第三者の私有地上に代替施設が設けられているために事実上支障が生じていない場合でも、当該第三者が代替施設の利用に異議を唱えれば直ちに公の目的に支障が生ずる状態が顕在化するという関係にあるときは、いまだ公共用財産を維持すべき理由がなくなったものとするとはできないと判示した山口地方裁判所昭和55年1月23日判決（訟月26巻3号463頁）がある。

2 黙示の公用廃止に関する裁判例

最高裁判所昭和51年12月24日第二小法廷判決以後の黙示の公用廃止に関する主な裁判例として次のものがある。

(1) 黙示の公用廃止の4要件の有無についての判断をし、黙示の公用廃止による時効取得を否定したもの

里道に関するもの（山口地判昭55.1.23訟月26巻3号463頁）、予定公物に関するもの（横浜地判昭57.8.31訟月29巻2号213頁，判タ487号103頁）、元河川敷地に関するもの（大阪高判昭62.4.15公刊物未登載）、無願埋立ての水路に関するもの（大阪高判平4.10.29訟月39巻8号1404頁）、無願埋立ての公有水面に関するもの（徳島地判平7.3.30訟月42巻

第6章 国有財産の喪失

12号2819頁), 国道敷地に関するもの(大阪地判平7.9.19判例地方自治143号78頁, 判タ945号40頁), 国道に隣接する松並木に関するもの(宮崎地判平8.3.29判例地方自治162号85頁), 企業用財産に関するもの(大阪地判平8.8.28訟月43巻7号1615頁)

(2) 黙示の公用廃止による時効取得を肯定したもの

里道に関するもの(最判(一小)昭52.4.28集民120号549頁, 大阪高判平15.6.24判時1843号77頁, 大阪高判平17.9.7公刊物未登載), 水路に関するもの(福岡地判昭54.7.12訟月25巻11号2775頁, 東京地判昭61.6.26判時1207号67頁, 高松高判平16.11.11訟月51巻8号2076頁), 無願埋立ての公有水面に関するもの(最判(二小)平17.12.16)

(3) 黙示の公用廃止の4要件を充足すべき時期を判示したもの

問67参照

<参考文献>

○池田和芳・国有財産の不法占拠をめぐる実務上の諸問題について(法務研究報告書第85集第3号)204頁

問67 公共用財産について黙示の公用廃止が認められるための4要件は、いつまでに充足すればよいか

答 黙示の公用廃止による時効取得が認められるためには、自主占有開始の時点までに4要件に適合する客観的状況が存在していることを要する。

解説 公共用財産の黙示の公用廃止による時効取得を認めた最高裁判所昭和51年12月24日第二小法廷判決(民集30巻11号1104頁, 訟月22巻12号2742頁, 判時840号55頁, 判タ345号192頁)は、自主占有開始前に黙示の公用廃止と認められる客観的状況が具備していた事案であるが、同判決は、4要件を具備すべき時点については明確な判断を示していない。

この点、島田調査官は、自主占有開始の時点までには4要件に適合する客観的状況が存在していることを要するものと解するのが相当であり、占有開

第2 その他の原因による喪失

始後時効期間進行中のいずれかの時点ではじめて4要件を具備したというだけでは足りないとしている(島田禮介・最高裁判所判例解説民事篇昭和51年度485頁)。また、その後の下級審判決は、4要件は遅くとも時効取得の起算点である自主占有開始の時点までに存在しなければならないとしている。例えば、福岡地方裁判所小倉支部昭和58年4月28日判決(訟月29巻11号2046頁)は、黙示の公用廃止による時効取得が認められるためには、自主占有開始の時点までには最高裁判所昭和51年12月24日第二小法廷判決の示した4要件に適合する客観的状況が存在していることを要し、占有開始後時効期間進行中のいずれかの時点で初めてこれらの要件を具備したというだけでは足りないとしており、同趣旨の裁判例が多数ある(広島高判昭61.3.20訟月33巻4号839頁, 東京高判平3.2.26訟月38巻2号177頁, 大阪高判平4.10.29訟月39巻8号1404頁など)。

<参考文献>

○島田禮介・最高裁判所判例解説民事篇昭和51年度485頁

問68 公共用財産の時効取得を原因とする所有権確認訴訟の請求原因・抗弁等と立証責任

答 時効取得を主張する者が主張・立証すべき事実(請求原因事実)は、①占有を開始したこと及び開始時期、②占有開始時期から10年目ないし20年目に占有していたこと(あるいは現在占有していること)、③(10年の時効取得の場合は)占有の開始時に無過失であったこと、④時効の援用である。

これに対して、時効取得を争う者が主張・立証すべき事実(抗弁事実)は、⑤他主占有であること、⑥平穩又は公然の占有でないこと、⑦占有の継続がないこと、⑧公共用財産であること、⑨(10年の時効取得の場合は)占有開始時に悪意であったこと、⑩時効利益の放棄あるいは時効援用権を喪失していることである。

時効取得を主張する者が⑧に対して主張・立証すべき再抗弁事実は、⑪黙示の公用廃止の要件が認められることである。

解説

1 民事訴訟における弁論主義の下では、請求の可否を判断する前提・基礎となる主要事実、当事者の主張に現れていなければならず、ある法律効果の発生を訴訟上で認めてもらうためには、その法律効果発生の要件事実を主張しなければならない。そして、訴訟においてその存在が争われるときは、証拠によってこれを立証しなければならず、この立証ができなかったときは、当該法律効果の発生が認められないことになる。

立証責任がいずれの当事者に帰属するかは、立証責任の分配という視点に立った実体法規の解釈によって決められるべき事柄であり、実体法規の解釈に当たっては、各実体法規の文言、形式を基礎として考えると同時に、立証責任の負担の面での公平・妥当性の確保を常に考慮すべきである。

これを取得時効の場合でみると、民法162条によれば、所有権の20年の長期取得時効の要件は、①20年間、②所有の意思をもって、③平隠かつ公然に、④他人の物を、⑤占有したことであり、10年の短期取得時効の要件は、①10年間、②所有の意思をもって、③平隠かつ公然に、④他人の不動産を、⑤占有し、占有の始めに⑥善意にしてかつ、⑦過失がないことである。

しかし、民法186条1項は、「占有者は、所有の意思をもって、善意で、平隠に、かつ、公然と占有をするものと推定する。」と規定しているから、占有していることさえ主張・立証すれば、②所有の意思をもって、③平隠かつ公然に、⑥善意で占有していることが推定される（最判（三小）昭54.7.31判時942号39頁、判タ399号125頁）。また、同条2項は、「前後の両時点において占有をした証拠があるときは、占有は、その間継続したものと推定する。」と規定しているから、占有を開始した時期と10年目ないし20年目に占有していたことを主張・立証すれば、その間の占有の継続も推定される。なお、10年目ないし20年目に占有していたことの立証は、通常は現在も占有していることを立証することによって行われる。したがって、長期取得時効の要件事実、20年間その物を占有したということのみ

であり、短期取得時効の要件事実も、10年間の占有と占有の始めに無過失であったことのみということになる。占有の事実についても、民法186条2項により、時効起算点における占有と時効完成時点における占有を主張・立証すれば足りる。「所有の意思をもって」、「平隠かつ公然に」及び「善意」は、それがなく、すなわち所有の意思のないこと、強暴隠秘であること及び悪意を所有権の取得時効を争う側が主張・立証しなければならないこととなる。

2 次に当該不動産が公共用財産であれば、黙示の公用廃止が認められない限り取得時効の対象とはならない（問65、66参照）。

したがって、公共用財産の取得時効を争う側（被告）において、抗弁事実として、「当該不動産が公共用財産である」との主張をすることになり、時効取得を主張する者が、上記抗弁事実に対する再抗弁事実として、黙示の公用廃止の要件が認められることを主張・立証することになる。

3 また、時効が完成したとしても、時効の援用が必要である（民法145条）ので、時効取得を主張する者において、請求原因事実として、時効の援用を主張し、時効取得を争う者において、抗弁事実として、当該時効を援用できない旨、すなわち、時効利益の放棄あるいは援用権を喪失していることを主張・立証することになる。

問69 公共用財産を占有している者に所有の意思がないとされるのはどのような場合か

答 公共用財産を占有している者の占有が「他主占有権原」に基づくものであること又は「他主占有事情」があることが立証されると、所有の意思がないと判断される。

解説 取得時効が成立するためには、その占有が「所有の意思」のあるもの、すなわち、自主占有でなければならない（民法162条）。

しかし、自主占有であることは、取得時効を主張する者が主張・立証する

第6章 国有財産の喪失

必要はない。最高裁判所昭和54年7月31日第三小法廷判決（判時942号39頁，判タ399号125頁）は、「占有者は所有の意思で占有するものと推定されるのであるから（民法186条1項），占有者の占有が自主占有にあたることを理由に取得時効の成立を争う者は右占有が他主占有にあたることについての立証責任を負うというべきである」と判示している。

そして，占有における所有の意思の有無の判断については，占有者の内心の意思によらず，「占有取得の原因たる事実によって外形的客観的に定められるべきものである」とされている（最判（一小）昭45.6.18判時600号83頁，判タ251号185頁）。

したがって，取得時効の成否が問題となる事案においては，取得時効の成立を争う者が，当該占有者の占有が，賃借権，使用借権など他主占有権原に基づくものであることを主張・立証することによって争うことになる。

また，最高裁判所昭和58年3月24日第一小法廷判決（民集37巻2号131頁，判時1084号66頁，判タ502号95頁）は，「占有者が占有中，真の所有者であれば通常はとらない態度を示し，若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかったなど，外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情が証明されるときは，占有者の内心の意思のいかんを問わず，その所有の意思を否定し，時効による所有権取得の主張を排斥しなければならないものである。」と判示し，最高裁判所平成7年12月15日第二小法廷判決（民集49巻10号3088頁，判タ898号194頁，判時1553号70頁）も，占有者の内心のいかんを問わず，占有者がその性質上所有の意思のないものとされる権原に基づき占有を取得した事実が証明されるか，又は占有者が占有中，真の所有者であれば通常はとらない態度を示し，若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかったなど，外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情（他主占有事情）が証明されて初めて，その所有の意思を否定することができるものというべきである旨判示している。

すなわち，他主占有を理由に取得時効の成立を争うには，①賃借権，使用借権等の占有者の他主占有権原の発生原因事実及び占有者の占有が「他主占

第2 その他の原因による喪失

有権原」に基づくことを主張・立証するか，②外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情に当たる具体的事実である「他主占有事情」を主張・立証するか，のいずれか又は双方の方法によるべきことになる（田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度（下）1053頁）。

<参考文献>

○田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度（下）1041頁

問70 「他主占有権原」の主張・立証はどのようにするか

答 「他主占有権原」の主張・立証は，「他主占有権原」の発生原因事実及び占有者の占有が他主占有権原に基づくものであることを主張・立証することとなる。

解説

1 「他主占有権原」の主張・立証方法

取得時効において問題とされる占有者の所有の意思とは，所有権と同一内容の支配をする意思をいうものであるところ，これを，占有者の内心の意思であるとする主観説と占有者の内心の意思によらず，純粹に客観的に，占有を生ぜしめた権原の性質によって決定すべきであるとする客観説との対立がある。客観説が通説（我妻栄・新訂物権法472頁）であり，最高裁判所も「占有における所有の意思の有無は，占有取得の原因たる事実によって外形的客観的に定められるべきものである」と判示して（最判（一小）昭45.6.18判時600号83頁，判タ251号185頁，最判（一小）昭45.10.29判時612号52頁，判タ255号156頁，最判（二小）平7.12.15民集49巻10号3088頁など），客観説を採用することを明らかにしている。客観説によると，取得時効の成立を争う者は，占有者の占有が，賃借権，使用借権等の他主占有権原に基づくことを主張・立証しなければならないこととなる（田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度（下）1051頁）。

例えば、占有者の占有の開始が農地の賃貸借によるものであることが立証できれば、「賃貸借により取得した占有は他主占有というべき」であるから（最判（一小）昭45.6.18判時600号83頁，判タ251号185頁），「他主占有権原」の主張・立証は成功したということになる。

逆に、占有者の占有の開始が、所有権移転を内容とする交換契約によるものであった場合には、たとえ交換契約の相手方が実は賃借人にすぎず所有者でなかったとしても他主占有権原の立証が成功したとはいえない（最判（一小）昭45.10.29判時612号52頁，判タ255号156頁）。また、占有者の占有開始が、売買契約によるものであった場合には、たとえ、売主が所有権を全く有しなかったとしても「他主占有権原」の立証が成功したとはいえない（最判（三小）昭56.1.27判時1000号83頁）とされている。

2 「他主占有権原」の主張・立証が成功した場合

「他主占有権原」の主張・立証に成功すると、占有者は、民法186条1項による所有の意思の推定が覆される。

その場合、占有者は、民法185条に基づいて、①自己に占有をさせた者に対して、所有の意思を表示したか、又は、②新権原によって更に所有の意思を持って占有を始めたことを主張・立証して、新たな取得時効の成立を主張することができる。

①の自己に占有をさせた者に対する所有の意思の表示に関して、最高裁判所平成6年9月13日第三小法廷判決（判時1513号99頁）は、農地の小作人がいわゆる農地解放後、最初の地代を支払うべき時期である昭和23年12月にその支払をせず、所有者の方も小作人が地代等を一切支払わずに自由に耕作し占有することを容認していた等の事情から、昭和24年1月1日には、所有者に対して、所有の意思のあることを表示したものと判示している。

また、②の新権原による所有の意思を持った占有に関して、最高裁判所昭和46年11月30日第三小法廷判決（民集25巻8号1437頁，判時652号37頁，判タ271号179頁）は、相続人が被相続人の死亡により相続財産の占有を承継したばかりでなく、新たに相続財産を事実上支配することによって占有

第2 その他の原因による喪失

を開始し、その占有に所有の意思が認められる場合においては、被相続人の占有が所有の意思がないものであったときでも、相続人は民法185条にいう「新権原」により所有の意思を持って占有を始めたものというべきであると判示している（問72参照）。

<参考文献>

○田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度（下）1041頁

問71 「他主占有事情」の主張・立証はどのようにするか

答 「他主占有事情」として、占有者が占有中、真の所有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかったなど、外形的客観的にみて他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情を主張・立証することとなる。

解説

1 「他主占有事情」の主張・立証方法

取得時効において問題とされる所有の意思の有無の判断について、最高裁判所昭和58年3月24日第一小法廷判決（民集37巻2号131頁）は、占有者がその性質上所有の意思のないものとされる権原に基づき占有を取得した事実が証明されるか、又は占有者が占有中、真の所有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかったなど、外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情（いわゆる「他主占有事情」）が証明されるときは、占有者の内心の意思のいかんを問わず、その所有の意思を否定し、時効による所有権取得の主張を排斥しなければならないとして、民法186条の所有の意思の推定は、占有取得の権原だけでなく占有に関する事情によってもまた覆されることを認めた（浅生重機・最高裁判所判例解説民事篇昭和58年度75頁）。

2 他主占有事情にあたる具体的事実

前掲最高裁判所昭和58年第一小法廷判決以降、他主占有事情が争点とされる事件が増加しているが、その一方で、具体的な他主占有事情の判断に当たり、具体的事実が他主占有事情の評価根拠事実としての意味を有する事実であるのか、それとも悪意の間接事実としての意味を有する事実であるのか、具体的事実がどの程度に集積した場合に他主占有事情ありとの評価を導くことができるのかということに関しては、明らかにされないまま推移してきたとされる（田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度（下）1064頁）。

このような状況の下、他主占有事情として、問題とされてきたのは次のような事情である。

(1) 移転登記などを經由せず放置する事実

これについては、国が特段の事情もなく30年近く所有権移転登記手続を経ることなく放置し、地租を督促までして徴収していたような通常の取引としては異常の状態にある場合には、国から異常のやむなきことの事情が明らかにされない限り、国には所有の意思がないとされた事例（東京高判昭50.9.23下級民集26巻9～12号804頁、訟月21巻12号2421頁、判時793号11頁）、20数年間、登記名義を取得せず、また、公租公課を負担していない場合に所有の意思を持って占有したものとすることはできないとされた事例（大判昭10.9.18判決全集22号1141頁）があった。

しかし、最高裁判所平成7年12月15日第二小法廷判決（民集49巻10号3088頁、判時1553号70頁、判タ898号194頁）は、所有権移転登記手続を求めなかったことにつき、「この事実は、基本的には占有者の悪意を推認させる事情として考慮されるものであり、他主占有事情として考慮される場合においても、占有者と登記簿上の所有名義人との間の人的関係等によっては、所有者として異常な態度であるとはいえないこともある。」と判示した。これは、悪意の占有者が時効期間の満了前に登記簿上の所有名義人に対して所有権移転登記手続を求めないのはむしろ当然であって、そのこと自体を不動産を自己のものとして占有することと矛盾する態度とみることはできないためである。したがって、原則とし

て、このような事情を他主占有事情として考慮することはできないということになる。

(2) 公租公課を負担していない事実

前掲最高裁判所平成7年12月15日判決は、固定資産税を負担していないことについて、固定資産税の納税義務者は「登記簿に所有者として登記されている者」である（地方税法343条1、2項）ことから、「他主占有事情として通常問題になるのは、占有者において登記簿上の所有名義人に対し固定資産税が賦課されていることを知りながら、自分が負担すると申し出ないことであるが、これについても所有権移転登記手続を求めないことと大筋において異なるところはなく、当該不動産に賦課される税額等の事情によっては、所有者として異常な態度であるとはいえないこともある。」と判示した。したがって、固定資産税を負担しないことを他主占有事情に当たる具体的事実として主張・立証しようとする者は、少なくとも、登記簿上の所有名義人に対していつからどの程度の金額が賦課されていたのか、占有者においていつそれを知ったのかを主張・立証する必要がある（田中前掲書1061頁）。

(3) 相手方に所有権があることを前提とする行動

所有者に賃料を支払ったことがあり、土地売却方の申入れをして拒絶され、延滞賃料支払の催告を受けたことがあるとして、所有の意思を否定した事例（最判（三小）昭43.12.17判時544号36頁）がある。

(4) その他の事情

他主占有事情に関して具体的に判断した事例として、東京地方裁判所平成12年12月11日判決（訟月47巻11号3347頁）、東京地方裁判所平成13年10月15日判決（訟月48巻10号2401頁）などがあり、今後もさらなる、具体的事例の集積が待たれるところである。

<参考文献>

- 浅生重機・最高裁判所判例解説民事篇昭和58年度59頁、田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度（下）1041頁、高村一之ほか「公共用財産の取得時効における「所有の意思」について」（民研410号60頁）

問72 被相続人が所有の意思なく占有していた場合に相続人が所有の意思をもって占有を開始すれば自主占有となるか

答 被相続人が所有の意思なく占有していた場合であっても、その相続人が新たに相続財産に対する事実上の支配を開始し、かつ、所有の意思があるとみられるときは自主占有となるが、この場合には、相続人において、当該事実上の支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくと解される事情を主張・立証することを要する。

解説

1 相続と民法185条の「新権原」について

被相続人の占有が他主占有である場合でも、その相続人が所有の意思を持って占有を開始すれば、相続人の占有が民法185条によって自主占有に転換し、その結果、取得時効が成立するか否かについて、かつては相続は同条の「新権原」に当たらないとのするのが判例（大判昭6.8.7民集10巻763頁）であった。

ところが、最高裁判所昭和46年11月30日第三小法廷判決（民集25巻8号1437頁，判時652号37頁，判タ271号179頁）は、相続人が被相続人の死亡により相続財産の占有を承継したばかりでなく、新たに相続財産を事実上支配することによって占有を開始し、その占有に所有の意思があると認められる場合においては、被相続人の占有が所有の意思がないものであったときでも、相続人は民法185条にいう「新権原」により所有の意思を持って占有を始めたものというべきである旨判示し、相続人が相続したとの事実だけでは「新権原」には当たらないものの、相続人が新たに相続財産に対する事実上の支配を開始し、かつ、相続人に所有の意思があるとみられるときには「新権原」に当たることが判例として確立されたところである。学説も、かつては相続が新権原に当たらないとの見解（川島武宣・民法総則556頁）が有力であったが、最近では、相続も一定の場合には新権原に当

たり得るとの見解（我妻栄・新訂物権法472頁）が有力である。

したがって、被相続人が所有の意思なく占有していた場合であっても、その相続人が所有の意思を持って占有を開始したときには自主占有となる。

2 他主占有の相続人において独自の占有を主張する場合の立証責任

そこで、相続人による新たな事実上の支配がどのような場合に「所有の意思があるとみられる」のかという点とその立証責任を負うのは相続人あるいは取得時効の成立を争う者のいずれであるのかという点が問題となるが、最高裁判所平成8年11月12日第三小法廷判決（民集50巻10号2591頁）は、「他主占有者の相続人が独自の占有に基づく取得時効の成立を主張する場合において、右占有が所有の意思に基づくものであるといい得るためには、取得時効の成立を争う相手方ではなく、占有者である当該相続人において、その事実上の支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される事情を自ら証明すべきものと解するのが相当である。」とし、その理由として「相続人が新たな事実上の支配を開始したことによって、従来の占有の性質が変更されたものであるから、右変更の事実を取得時効の成立を主張する者において立証を要するものと解すべきであり、また、この場合には、相続人の所有の意思の有無を相続という占有取得原因事実によって決することはできないからである。」と判示している。

なお、前掲最高裁判所平成8年11月12日第三小法廷判決も引用するように、当該占有が自主占有ではなく他主占有に当たるとの立証が尽くされたか否かの判定に際しては、①占有者がその性質上所有の意思のないものとされる権原に基づき占有を取得したとの事実が証明されるか、あるいは、②占有者が占有中、真の占有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とすべき行動に出なかったなど、外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情が証明されるかのいずれかが証明されることを要する（最判（一小）昭58.3.24民集37巻2号131頁，最判（二小）平7.12.15民集49巻10号3088頁，判時1553号70頁，判タ898号194頁）とされている。

実際の訴訟において相続人から取得時効の主張がされる場面においては、当事者双方による主張・立証は、次のようなものとなると想定される。

- ① 相続人が自己の占有する不動産について取得時効の成立を主張する場合には、被相続人の占有期間を通算して主張することも、自己の占有期間のみを主張することもできるが（民法187条1項）、いずれにしても占有については所有の意思が推定されるから（民法186条1項）、相続人は占有開始後の時効期間の経過のみを主張すれば足りる。
- ② 取得時効を争う相手方は、被相続人の占有について、他主占有権原を主張・立証するか又は他主占有事情を主張・立証して、所有の意思を否定する。
- ③ 被相続人の占有が他主占有であることが相手方により主張・立証されたときは、相続人としては、もはや被相続人の占有期間と通算しての取得時効を主張することはできず、自己の占有期間のみを主張するほかないことになる。この場合には、相続人の占有について所有の意思は推定されないから、相続人は自己の事後的支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される事情（自主占有事情）を主張・立証しなければならない。

この場合の「自主占有事情」とは、占有者が所有者らしく振る舞うこと（その例として、目的物を現実に使用収益すること、収益を自己のものとする、公租公課を自己の名義で支払うことなど）と、占有者のかかる振る舞いが外部に表示されて、権利者が知り得ることであり、被相続人と相続人との間で所持態様が変化していることは所有の意思認定のための要素ではないと解される（三村量一・最高裁判所判例解説民事篇平成8年度（下）928ないし931頁）。

<参考文献>

○田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度（下）1041頁、三村量一・最高裁判所判例解説民事篇平成8年度911頁

問73 公共用財産を占有している者が、時効援用権を喪失し、あるいは時効利益の放棄をしたとされるのはどのような場合か

答 境界確定協議の成立、払下げ申請、用途廃止申請等があったときには、時効援用権の喪失ないし時効利益の放棄があったとされる場合がある。

解説

1 時効援用権の喪失ないし時効利益の放棄

時効完成後に時効利益の放棄ができること（民法146条）はいうまでもないが、時効利益の放棄が認められるためには時効完成の事実を知ってされることを要する。

これに対し、判例上認められている時効援用権の喪失の場合には、時効完成の事実を知らなくても認められる。すなわち、最高裁判所昭和41年4月20日大法廷判決（民集20巻4号702頁、判時442号12頁、判タ191号81頁）は、債権の消滅時効に関して、「債務を承認した以上、時効完成の事実を知らなかつたときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されない」と判示して、時効完成を知らないで債務の承認をした場合でも時効の援用を許さないとし、従来の判例よりも広い範囲で債権者を保護することとした。同判決は、その理由として、第1に信義則、第2に永続した社会秩序の維持を目的とする時効制度の存在理由を挙げ、消滅時効については、時効完成後に債務を承認するなど時効による債務消滅の主張と相いれない行為をしたときは、もはや時効を援用することはできないとした。

取得時効についての時効援用権の喪失が問題となった事例は少ないが、消滅時効に関する前記最高裁判決の趣旨からすると、取得時効の援用権の喪失をしたとするには、少なくとも時効取得の主張と相いれない行為が存在しなければならないという考え方が成り立つであろう。

以下、時効援用権の喪失ないし時効利益の放棄が問題となった事例につ

いて検討する。

2 境界確定協議の申請・成立

国有財産法31条の3に基づく境界確定協議は、境界についての合意ではなく、所有権の範囲を合意により確定する私法上の契約である（東京地判昭56.3.30行集32巻3号457頁，判時1007号45頁，大阪高判昭60.3.29判タ560号205頁）。したがって、境界確定協議により所有権の範囲を合意により確定して国有地の存在を認めることは、当該国有地についての取得時効の主張と相いれない行為であるから、信義則上、時効援用権を喪失したと解する余地がある。

しかし、境界確定の協議に応じる者や境界確定申請を行う者が、協議に応じたり申請したりする事情も様々であるから、境界確定協議に応じたり、申請したりすれば、常に時効援用権を喪失するとまではいえない。したがって、境界確定協議に応じたり申請した具体的事情のいかんによって、援用権喪失の成否が分かれることになる。

時効援用権の喪失を認めた裁判例としては、①国有財産管理機関に対して国有地取得手続につき相談しても、仮に国有地であるとすれば払下げを受けたいと考えて、その手続を相談したにすぎないと考えられるから、この事実から直ちに国有地であることを承認したと認めることはできないが、同機関が行ったその土地についての境界明示の際に立ち会ったのは、国有地であることを承認したとして、時効援用権は喪失したとするもの（神戸地判昭58.11.29訟月30巻5号773頁），②境界確定の協議は、通常は国有地と隣接民有地の所有権の範囲の不確定を実質的に解決しようとするにあることから、土地の境界について国主張の線を承諾したことにはかわりなく、何ら承諾の効力に影響を及ぼすものではないから、時効の援用をすることは許されないとするもの（東京地判昭56.11.25公刊物未登載），③境界確定協議に同意し、確定図に署名押印したことから、土地所有権確認請求訴訟において、原告が取得時効の援用をすることは信義則上許されず、時効援用権を喪失したとするもの（東京地判12.2.4訟月47巻1号164頁），④土地所有権確認請求訴訟において、境界確定協議の際に原

告がした行為は時効完成後における時効による所有権取得の主張と相いれない行為であったとして、時効援用権を喪失したとするもの（東京地判平12.2.8訟月47巻1号171頁）がある。

これに対し、時効援用権の喪失及び時効利益の放棄を否定した裁判例としては、時効取得を主張する者が境界確定申請をしたからといって、特段の事情がない限り、その一事をもって、従前所有地と時効取得した国有地との範囲を明確にすること以上に、申請人が時効取得した土地について国の所有権を承認あるいは既に完成した時効の利益を放棄するものと断ずることはできないとしたもの（大阪地判昭61.6.27民研382号35頁）がある。

3 用途廃止申請・払下げ申請

用途廃止申請・払下げ申請が時効援用権の喪失ないし時効利益の放棄に当たるかについては、公共物用途廃止申請と時効取得の主張は相いれない行為ではなく、いずれも原告が本件土地の所有権を取得することを目的とする行為であるから、公共物用途廃止申請をもって、原告が時効利益の放棄ないし援用権を喪失したものと解するのは相当でないとしたもの（東京地判昭61.6.26判時1207号67頁），公共物使用許可申請は、時効取得を援用する者の所有権の主張とは両立し得ない行為であり、この場合は、同申請にかかる部分につき時効援用権は喪失したとするもの（笠間簡判昭57.4.15公刊物未登載）がある。

4 転貸貸付けの申込み

国有地の転貸貸付契約を申し込んだ者は、信義則上、時効の利益を主張できないとするもの（京都地判平14.12.27訟月50巻5号1415頁）

<参考文献>

○岩佐勝博「公共用財産の取得時効をめぐる裁判例の総合的研究」法務研究報告書第76集第5号55頁，市川正巳「公共用財産の取得時効と時効利益の放棄」民研382号35頁

問74 国有地を時効取得した場合の課税関係はどうなるか

答 国有地を時効取得した場合は、一時所得に係る所得税が課税される。

解説

1 国有地の時効取得と課税時期

土地の時効取得による利得は、所有権を取得した時効援用時における当該土地の価額を一時所得に係る収入金額として所得税の課税対象となる。

所得税法は、所得の計上時期について、その収入の原因たる権利が確定的に発生した時に所得の実現があり、これを「収入すべき金額」（所得税法36条1項）として計上すべきものとしている（権利確定主義）が、民法上の時効取得に係る利得に対する課税時期に関しては、議論の余地が残されている。すなわち、時効による権利の得喪が時効期間の経過を待って初めて問題になり得ることは明らかであるものの、当事者による援用のない限り時効を理由とする裁判ができないとされ（民法145条）、時効期間の経過と当事者による援用とは時期的に一致しない上、判決又は和解等によって権利の得喪が確定し、当事者の紛争が終息するまでには、更に長期間を要する場合もあるからである。

この点に関しては、実体法上の権利得喪時期に関連して、時効の援用の法的性質を明らかにしておく必要があるところ、最高裁判所昭和61年3月17日第二小法廷判決（民集40巻2号420頁）は、「（民）法145条及び146条は、時効による権利消滅の効果は当事者の意思をも顧慮して生じさせることとしていることが明らかであるから、時効による債権消滅の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生ずるものではなく、時効が援用されたときにはじめて確定的に生ずるものと解するのが相当である」と判示しており、消滅時効に係る事例に関するものではあるが、近時の通説とされる不確定効果説・停止条件説の立場を採ることを明らかにしたものと解されている（柴田保幸・最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度175頁）。

そして、東京地方裁判所平成4年3月10日判決（訟月39巻1号139頁）

第2 その他の原因による喪失

は、「土地の時効取得による利得は、所得税法上、一時所得として所得税の課税の対象となり、その場合の収入金額は、当該土地の所有権取得時期である時効援用時の当該土地の価額であると解すべきである（所得税法36条1項、2項）。そうすると、当該土地の時効援用時までの値上り益は、右一時所得に係る収入金額として所得税の課税の対象とされることになるから、時効取得した土地を譲渡した場合のその譲渡所得に対する課税は右時効援用時以降の当該土地の値上り益に対して行われることになり、したがって、右譲渡所得の計算上、その取得費の額は、右一時所得に係る収入金額すなわち時効援用時の当該土地の価額によるべきこととなる。」と判示している。

上記判決は、取得時効に関しても、実体法上、時効援用時に占有していた資産の所有権を取得するものであるとし、停止条件説が妥当する旨を明らかにした上、税法固有の観点からみても、援用により時効利益享受の意思が明らかになり、時効取得に伴う一時所得に係る収入金額の算定も具体的に可能となることなどを挙げ、所得税法上、時効援用時に時効取得に係る利得を収入金額に計上すべき旨を判示し、課税実務の取扱いを是認している（静岡地判平8.7.18行集47巻7・8号632頁も同旨）。

このほか、国有地を時効取得した場合は、売払いにより取得した場合と同様に、不動産取得税、登録免許税、固定資産税、都市計画税等が課税される。

2 国有財産訴訟における時効取得と課税

国有財産訴訟において、国有地を時効取得した場合の課税関係が問題となる事例としては、例えば、訴訟の途中で裁判所から和解の勧告があり、時効取得による場合は一時所得として課税されることから、売払いによる解決が検討されることがある。この場合、一時所得としての課税額が売払いの場合の代金額と余り差がなかったり、あるいは、逆に課税額が売払額を上回ったりすると、相手方が売払いを強く希望することが多い。

問75 国有財産の譲与

答 公共用財産の代替施設の設置者は、国有財産法28条2号の規定に基づき旧公共用財産の譲与を受けることができる。

解説

1 国有財産の譲与とは、国が対価を徴収することなく、国以外の者に対して譲渡することをいい、民法上の贈与に相当するが、「譲与」の対象になるものは、普通財産に限られ、行政財産は用途廃止（又は公用廃止）を行った後でなければ、譲与の対象にならない。

代替施設を設置したことにより国有財産の譲与を受けられる場合は、国有財産法28条の規定に基づく場合と、道路法、河川法等の特別法に基づく場合がある。国有財産の譲与に関する特例を定めた法律で法定公共用財産に関係するものは、①国有財産特別措置法（5条、6条の2）、②河川法（93条1項、100条による準用）、③港湾法（53条、55条）、④道路法（90条2項、94条2項）、⑤下水道法（36条）、⑥公有水面埋立法（25条）、⑦運河法（附則22条）、⑧土地改良法（50条）などがあるが、そのうち、私人が譲与の対象となるのは、公有水面埋立法（25条）、運河法（附則22条）及び土地改良法（50条）に係るものである。

2 法定外公共用物については、平成12年4月1日に施行された地方分権一括整備法113条により国有財産特別措置法の一部が改正され、同法5条1項5号で、現に公共の用に供している道路、河川等のうち道路法、河川法等の公物管理法の適用若しくは準用のない公共用物で、その地盤が国土交通省所管の国有財産となっているものについては、その財産を市町村（都の特別区の区域内にあつては、当該特別区とする。）に譲与することができることとなった（「地方分権一括整備法施行と国有財産」については第9章参照）。

<参考文献>

○建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物15頁

問76 水没した土地は当然に民法上の土地性を喪失するか

答 河川の流路の変更によって水没した土地は、流水が継続して存するために、社会通念上財産権的支配が不可能と認められる限り、民法上の土地性を喪失したものと解されているが、人為的操作によって排水が可能なダムによって水没した土地については土地性を喪失しないと解されている。

解説 旧河川法（明治29年法律第71号）3条は、「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス」と規定されていたので、既登記の土地が河川敷地（流水敷及び流水敷でない区域も含む。）となった場合には、その土地は滅失したものとして取り扱われ、所轄官庁から嘱託書に河川法の規定により河川の敷地になった旨を記載して登記の抹消の嘱託（旧不動産登記法102条ノ3）がされ、これに基づいて当該土地の表示登記の抹消登記をし、登記用紙を閉鎖する取扱いがされていた。

土地台帳についても、同様に「河川敷成」等の登録がされ台帳用紙は閉鎖除却する取扱いとされていた。

これは、旧河川法の考え方が、河川の有する公共用物としての性格を強く認識し、適用河川につき一切の私法的権利を排除することを目的としていたからである。

ところが、現行河川法（昭和39年法律第167号）2条2項は、「河川の流水は、私権の目的となることはできない。」と規定して、河川の流水についての私権の成立を否定しているが、流水以外の河川敷地については、私権を排除する旨の規定を設けなかったため、反対解釈として、河川の敷地については、私権が認められることになった。

しかしながら、河川の敷地のうち、流水が継続して存するために、社会通念上財産権的支配が不可能と認められるのであれば、民法上の土地性を喪失したものと解されている（河川法研究会編著・[逐条解説] 河川法解説40頁、資金・新訂版里道146頁）。

したがって、河川管理者は、河川の流路の変更により、土地が水没したと

第6章 国有財産の喪失

きは、遅滞なく滅失登記の嘱託をしなければならないとされている（不動産登記法43条5項）。また、この民法上の土地性を喪失した部分は、公有水面埋立法が適用される公有水面に該当する（公有水面埋立法1条1項、三善政二・公有水面埋立法（問題点の考え方）36頁）。

もっとも、河川法の適用ないし準用のない河川、すなわち法定外公共用物たる普通河川は、比較的小さな河川などであるため、その敷地が常時流水下に存する部分についても、社会通念上財産権的支配が不可能と認めることはできない。したがって、適用河川の場合と異なり、その河川敷地は、常時流水下に存する部分を含めて、民法上の土地と認められているから（寶金・新訂版里道146頁、法務省民事局第三課職員編・不動産登記実務総覧〈全訂版〉・上巻109頁）、流路の変更によって常時流水下になっても土地性は喪失しない。

また、ダムの水は人工的に調節できるから、ダムの貯水池の水面下の土地についても、社会通念上財産権的支配が可能であるから、土地性は失われないうことになる（河川法研究会編著・[逐条解説] 河川法解説40頁）。

海については、問9参照。

第7章

境界確定の訴え

第7章 境界確定の訴え

第1 境界査定と境界確定協議

問77 「境界」とは何か

答 境界とは、隣接する土地同士を人為的に区画した線であり、①隣接する一筆の土地同士の境界である公法上の境界（筆界）と②隣接土地相互の私権の及ぶ範囲を定めた私法上の境界の二つがある。

解説

1 境界の意義

自然状態における土地は、海洋、湖沼、河川などに囲まれた範囲においてどこまでも連続しており、そのままの状態では、管理・利用・取引をするのに適さない。そこで、土地を物権の対象とし、管理や取引等ができるようにするためには、土地を人為的に区画して細分化、個別化し、特定しなければならない。このような必要から、土地は人為的に区画されることとなったが、その結果生じた土地同士が隣接した場合の境（区画線）を通常、境界と呼んでいる。

2 公法上の境界

明治期の地租改正事業を始めとする近代的土地所有権の創設過程において、土地を人為的に区画し、個別化する作業が行われ、一筆ごとに地番が付されて筆界が形成されていった。この作業及びその結果は、現代の土地登記簿に受け継がれており、これまで形成された一筆ごとの土地の境界（筆界）が公法上の境界と呼ばれている。判例・通説は、この公法上の境界こそが境界確定訴訟における境界であるとしている。

3 私法上の境界

一方、所有権等の私権の対象としての土地の範囲を觀念することもでき

るが、この観点から見た土地の境界を私法上の境界と呼ぶ。所有権の範囲の確認訴訟や境界確定協議（国有財産法31条の3）において問題となる境界は、この私法上の境界である。

4 公法上の境界と私法上の境界の関係

土地の境界が形成された過程にかんがみると、本来、公法上の境界と私法上の境界は一致してしかるべきものである。

ところが、一筆の土地の一部についてその所有権を処分したり、取得時効が成立することも認められると解されている。したがって、公法上の境界と私法上の境界とは、現実に一致するとは限らない。一致していることが多いが、実際には一致していないことも少なくない。

5 公図上無番地の土地と地番の付されている土地（有番地）との境界の関係

無番地の土地は、国有地であったと推定されるというのが判例・通説である（問27参照）。公法上の境界は地番と地番の境と表現されることがあるが、無番地の国有地と地番の付された民有地との境界について境界確定訴訟が提起された場合においても、適法な境界確定の訴えとされている（最判（三小）平5.3.30松月39巻11号2326頁）。

<参考文献>

○中野編・国財実務217頁、藤田編・不動産実務434頁、資金・新訂版里道248頁

問78 国有地と民有地との境界確定の方法にはどのようなものがあるか

答 行政的手続による方法として境界確定協議、境界確定決定手続及び筆界特定手続が、また、司法的手続による方法として土地所有権の範囲を確認する訴訟及び境界確定訴訟がある。

解説

1 行政的手続

(1) 境界確定協議

境界確定協議は、各省各庁の長がその所管する国有財産の境界が明らかでないためその管理に支障があるときに、隣接地の所有者に対し境界を確定するための協議を求め、協議が整った場合には、その結果を書面により明らかにするものである（国有財産法31条の3）。

境界確定協議の法的性質は、国と隣接地所有者の間における国有地と隣接民有地間との所有権の範囲を確定する私法上の契約であると解されている（東京地判昭56.3.30行集32巻3号457頁、判時1007号45頁、大阪高判昭60.3.29判タ560号205頁）。したがって、この協議の結果定まる境界は私法上の境界である（境界確定協議の法的性質については問80、手続については問81参照）。

なお、法定外公共用物で市町村が譲与を受けたものについては、市町村が民法上の和解契約として境界確定協議を行うことになる。

(2) 境界確定決定

隣接地所有者がこの境界確定協議の求めに応じないときでも、各省各庁の長は一定の要件の下で境界を決定することができ、一定期間に隣接地所有者の不同意の通知がなければ、境界確定に関して同人の同意があったとみなされる（国有財産法31条の4及び5）。これを境界確定決定という。なお、境界確定決定の手続については問81参照。

(3) 境界査定

境界査定は、隣接地所有者らの立会いを求めるなどの手続は実行しつつも、国有林野の担当者ら行政官が、公権力に基づいて一方的に境界を形成する手続であり、所有権の範囲を確認するだけでなく、官有地と民有地の境界（筆界）を創設し、更には官有地を創設する効力まで有する形式的行政処分である。

境界査定については、官林境界調査心得（明治17年10月14日付外340号達）1条、官林境界踏査内規（明治23年10月20日農商務省訓令丙林371号）1条、4条、旧国有林野法（明治32年3月22日法律第85号）4条ないし7条、旧国有財産法（大正10年4月7日法律第43号）10条ない

第7章 境界確定の訴え

し13条がこれを規定していたが、いずれも現在は廃止された（問79参照）。しかし、国有地と民有地の境界の紛争については、過去に境界査定がされたことがないかどうかを確認する必要がある。

(4) 境界明示

境界明示とは、境界明示の名においてされる2種類の協議のことをいう。第1は、国有財産法31条の3の境界確定協議（(1)に述べたもの）であり、第2は、行政権の行使である機能管理権の行使に当たり、その範囲・区画を定めるための行為である（大阪地判昭53.10.12判時928号57頁、資金・新訂版里道243頁）。そして、両者を区別する基準は、行為者が境界確定協議をする権限を有しているか否か、財産管理権を有しているか否かである。

(5) 筆界特定制度

土地の境界（筆界）の迅速かつ適正な特定を図り、境界（筆界）をめぐる紛争の解決に資するため、新たに土地の筆界特定制度が創設された（不動産登記法等の一部を改正する法律（平成17年法律第29号））。

筆界特定は、筆界特定登記官が、申請に基づいて筆界の現地における位置を特定するものであり、公の証明力を有するものである。

筆界特定制度については、問96、問97参照。

2 司法的手続

(1) 所有権の範囲の確認訴訟

国と隣接民有地所有者の間において国有地と隣接民有地との所有権の及ぶ範囲（私法上の境界）を確定するための民事訴訟である。国が訴えを提起し、主張する所有権の範囲につき立証できないときは、民訴法の一般原則に従い、請求が棄却されることになる。法定外公共用物にあっては、境界についての証拠が乏しいのが通常であるから、国がこの訴訟を提起することは妥当でない場合が多い（資金・新訂版里道265頁）。

(2) 境界確定訴訟

境界確定訴訟は、互いに隣接する土地の境界線について争いのある場合に裁判所の判決によってこれを創設的に確定する訴えである。境界確

第1 境界査定と境界確定協議

定訴訟については民訴法に定めはないが、所有権の範囲とは切り離された地番と地番との境である公法上の境界を裁判所が非訟的に形成する形式的形成訴訟であるとして従来から認められてきた。

裁判所は、当事者適格と境界確定の必要が認められる限り、必ず本案判決をもって境界を定めなければならない、境界が不明であるとして請求棄却の判決をすることはできない。よって、適法に訴えを提起すれば必ず境界が定まることになる（境界確定訴訟の性質については問85参照）。

3 いずれの方法によるべきか

まず、合意による解決が穏当かつ迅速であって合理的であるから、境界確定協議あるいは境界確定決定による解決を試み、これができないときに初めて訴訟による解決を検討すべきである。訴訟形態については、前述したところによれば、境界確定訴訟を提起するのが妥当である。ところで、境界確定協議は私法上の境界を定めるものであって公法上の境界を定めるものではないが、その過程に違法事由や著しい不当性がない限り、裁判所は当該境界確定協議等の結果を最大限に重視するのが一般であるから、境界は通常一致することになる。

なお、訴訟係属中に、和解によって境界を定めることが可能かが問題となるが、これについては問94参照。

<参考文献>

○資金・新訂版里道262頁、中野編・国財実務218頁以下

問79 境界査定とはどのようなものか

答 境界査定は、公権力に基づいて一方的に境界を形成する行政処分である。この制度は現在廃止されている。

解説

1 境界査定については、官林境界調査心得（明治17年10月14日付外340号農商務省達）1条、官林境界踏査内規（明治23年10月20日農商務省訓令丙

第7章 境界確定の訴え

371号) 1条, 4条, 旧国有林野法(明治32年3月22日法律第85号) 4条ないし7条, 旧国有財産法(大正10年4月7日法律第43号) 10条ないし13条がこれを規定していたが, いずれも現在は廃止された。

2 境界査定は, 隣接地所有者らの立会いを求めるなどの手続は履践しつつも, 国有林野の担当者ら行政官が, 公権力に基づいて一方的に境界を形成する手続であり, 所有権の範囲を確認するだけでなく, 官有地と民有地の境界(筆界)を創設し, 更には官有地を創設する効力まで有する形式的行政処分である。

したがって, それが事実誤認に基づく不当な境界の認定であったとしても, 裁決又は判決によって取り消されることなく確定した以上, 官有地に編入された区域についての民有地の所有権は消滅すると解されている(東京高判昭35.9.21訟月6巻10号1895頁)。

また, 官林境界踏査内規に基づく境界査定処分については, 高知地方裁判所昭和56年12月17日判決(訟月28巻3号539頁)が, また, 旧国有財産法に基づく境界査定処分については, 東京地裁昭和53年8月17日判決(訟月24巻11号2161頁, 判タ374号122頁)が, いずれも同旨の判示をしている。

さらに, 境界査定に基づき官民査定図が存する事案では, 取消裁決ないし取消判決が存在しない限り, これに基づいて里道の位置や幅員等が決定されることになる。最近では, 大阪地方裁判所昭和61年2月17日判決(公刊物未登載)が, 境界査定図上, 里道の幅員が1.21メートル幅で記載されていることを根拠に, 当該里道の幅員は3尺(0.91メートル)であるとの原告主張を退けている。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道109頁, 264頁, 中野編・国財実務219頁, 石川・諸問題121頁

第1 境界査定と境界確定協議

問80 国有財産法の規定に基づく境界確定協議とは何か

答 境界確定協議とは, 国有地と隣接地との境界が明らかでないため国有財産の管理に支障がある場合に, 国と隣接地所有者の間において国有地と隣接地の所有権の範囲(私法上の境界)を確定する私法上の契約である。

解説

1 境界確定協議の意義

国有財産法31条の3における境界確定協議とは, 各省各庁の長が, その所管する国有財産の境界が不明確なためその管理に支障があるときに, 隣接地の所有者との間で私法上の境界について協議し, その結果を境界確定協議書等の書面により明らかにするものである。

なお, 隣接地所有者の立会いがなく, 協議が整わないときでも, 一定の厳格な要件がある場合には, 財産管理者だけで境界を決定できるものとされた。これを境界の決定という(同法31条の4及び5)。

境界確定協議の効力に関する実務上の問題としては, ①境界確定協議の効力が対側地所有者に及ぶか, ②境界確定協議の効力が当事者の承継人に及ぶか等があげられる。(問82, 83参照)

2 境界確定協議の法的性質

(1) 境界確定協議は, 境界査定が行政処分であるのとは異なり, 国と隣接地所有者の間において国有地と隣接民有地の所有権の範囲を確定する私法上の契約であると解されている(東京地判昭56.3.30行集32巻3号457頁, 判時1007号45頁, 大阪高判昭60.3.29判タ560号205頁)。その理由は, 地番と地番との境界は行政作用により定められる公法上のものであって, 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線(公法上の境界)は変動しないと解されていることにある(最判(二小)昭31.12.28民集10巻12号1639頁, 判タ67号68頁, 最判(三小)昭42.12.26民集21巻10号2627頁, 判時507号29頁, 判タ216号126頁)。したがって, この協議の結果定まる境界は公法

第7章 境界確定の訴え

上の境界でなく私法上の境界ということになる。

- (2) そこで、土地の境界線が協定された場合において、真実の境界線と協定線が相違しているときは、特別の事情のない限り、両境界線に挟まれた土地は一方から他方へ譲渡されたと認めるのが相当である（大阪高判昭38.11.29下級民集14巻11号2350頁、大阪高判昭57.2.9判タ470号136頁）。

また、一筆の各土地の間の境界は、当事者の合意によって変更処分し得ないものであって、境界の合意が存在したことは、単に客観的境界（公法上の境界＝筆界）判定のための一資料としての意義を有するにとどまり、証拠によってこれと異なる客観的境界を判定することを妨げるものではない（前掲最判（二小）昭31.12.28）。しかしながら、境界確定協議の存在が認められれば、裁判所が公法上の境界を判断するに当たって、これを重要な資料にすることは疑いがなく（石川・諸問題28頁）、境界確定の実務において、境界確定協議が極めて重要な位置を占めていることに変わりはない。

3 境界確定協議等につき権限を有する者

- (1) 当該国有財産を管理する各省各庁の長あるいはこの者から権限の委任を受けた機関である。
- (2) 里道・水路等の国土交通省所管の法定外公共用物については、地方分権一括整備法施行後、当該法定外公共用物が市町村に譲与される前の段階では、財産管理事務は、法定受託事務として都道府県知事がこの権限を有する。

そして、機能管理者にすぎない市町村にはこの権限は原則としてないが、都道府県条例により、権限が市町村に委譲された場合（地方自治法252条の17）、又は都道府県と市町村の協議により事務の委託がされた場合（同法252条の14）は、市町村がした境界確定協議等は有効である。

なお、市町村に譲与された法定外公共用物は、市町村所有の公有財産（地方自治法238条）になるので、国有財産法上の境界確定協議に関する諸規定は適用されず、民法上の和解契約として境界協議を行うことに

第1 境界査定と境界確定協議

なる（資金・新訂版里道276頁）。そして、譲与の対象とならなかった法定外公共用物は、一括して用途廃止され、その後は、財務省の普通財産として国有財産管理部局長（国有財産法9条2項）が境界確定の事務を行う（資金・新訂版里道271頁）。

- (3) 境界確定協議等の国や市町村の相手方は、当該民有地の所有者に限られる。共有の場合には、共有者全員を相手にする必要がある。

<参考文献>

○訟務局編・提要130頁、166頁、中野編・国財実務223頁、資金・新訂版里道271頁、石川・諸問題141頁

問81 国有地の境界確定協議の手続はどのようにするか

答 国有財産法31条の3ないし5、同法施行細則1条の3、4の規定に基づき行う。

解説

- 1 境界確定協議及び境界確定決定の手続の概略は以下のとおりである。
- (1) 隣接地所有者に対し立会い及び協議を求める通知をした上協議をし、現地及び図面上で境界を確定する（国有財産法31条の3第1項ないし同3項）。協議が不調に終われば、境界確定訴訟の提起を検討する。
- (2) 正当な理由により立会不可能の通知があれば、再度立会い及び協議を求める通知をする。
- (3) 立会不可能の通知がなく、又は、通知があっても立会拒否につき正当な理由がない場合には、市町村職員立会いの上調査をし（同法31条の4第1項）、国有財産地方審議会に諮問して境界を決定する（同法31条の4第3項）。さらに、決定した境界を所有者等に通知、公告し（同条5項）、同意があれば、決定どおり境界は確定するし、公告のあった日から起算して60日以内に所有者等から不同意の通告がない場合には、同意があったものとみなされる（同法31条の5第1項、2項）。この場合

には、境界確定の通知及び公告をする（同条4項）。不同意の通知があれば、境界確定訴訟の提起を検討する。

- 2 国土交通省所管の法定外公共用物に関する実務では、法定外公共用物の隣接地所有者からの申請によって境界確定協議が開始されることが多かった。地方分権一括整備法施行前においては、当該法定外公共用物の財産管理事務は機関委任事務として、都道府県知事にその権限がゆだねられていたことから、境界確定協議については都道府県知事がその事務を行うこととされていた。実務においては、都道府県土木事務所又は都道府県知事からその権限を委任（再委任）された市町村長が、申請者からの申請によって当該協議を開始した（地方分権一括整備法による改正前の地方自治法153条2項、資金・新訂版里道271頁）。

地方分権一括整備法施行後においては、都道府県知事から市町村長への事務委任の制度は廃止された。譲与前の当該法定外公共用物の財産管理事務は都道府県の法定受託事務とされたことから、境界確定協議については都道府県がその事務を行うことになっているが、新たに条例による事務処理の特例が規定され、条例の規定を介して市町村へゆだねる方式が導入された（建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共用物61頁、改正後の地方自治法252条の17の2）。

なお、譲与後については当該法定外公共用物は、譲与を受けた市町村が自己所有物として管理することから、財産管理の一環としての境界確定協議も市町村が行うことになる。市町村が行う境界確定協議は、所有権界についての和解契約であると解されるから、公物管理条例が定められていないときは、当事者の合意のみで法律効果を生じ、何らの手順を要しない（資金・新訂版里道276頁）。

境界確定協議の申請に当たっては、現地案内図、公図の写し、現場実測平面図、隣接地所有者及び利害関係人の氏名住所を記載した書面等を官民境界確認申請書に添付させるとともに、現地における境界確定協議では、申請者の提出した公図等の資料等を基礎とし、土地の占有状況、立会者である隣接地・対側地所有者等の意見その他客観的資料を総合しながら、当

第1 境界査定と境界確定協議

事者間で協議して境界を定める（石川・諸問題147頁）。その際の立会協議の相手方当事者は、飽くまで隣接土地の所有者であるが、里道や水路の境界を確定する場合には、里道又は水路の両側の境界を明確にし、その合理的な幅員を確保するとともに、当該里道又は水路の前後の境界も併せて明確にしておかなければ、将来紛争が起きるおそれがあることから、隣接地所有者のみならず対側地所有者等にも立会いを依頼し、現地立会い及び境界確認書への署名、押印を求めておく必要がある。そして、境界線について協議が成立したときは、境界について後日紛争が生じないように境界標を設置し（同法施行細則1条の3）、確定した境界を明らかにするための書面として境界確定協議書、境界確定図を作成し、これに隣接地所有者、対側地所有者及び利害関係者の住所、氏名を記入、押印させ、この方法により難いときは、これらの者から承諾書を提出させる（同法施行細則1条の4）。なお、地域によっては、現地立会いに際して現地立会調査を、また、境界が確定したときには境界確定協議書を各別に作成し、これらに立会者の住所、氏名を記入し押印させており、また、現地立会時には書面を作成せず、協議が成立した場合に、後日境界確定協議書を作成する取扱いもある。

<参考文献>

○訟務局編・提要137頁、166頁、資金・新訂版里道275頁以下、建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共用物61頁、石川・諸問題147頁、中野編・国財実務224頁、亘理格「条例による事務処理の特例（252条の17の2～4）」あたらしい地方自治・地方分権（ジュリスト増刊）87頁

問82 国と隣接地所有者との間で成立した境界確定協議の効力は、対側地所有者ないしその特定承継人に及ぶか

答 境界確定協議の効力は、対側地所有者ないしその特定承継人には及ばない。ただし、後日、対側地所有者らとの間で、境界確定紛争が生じたときは、協議は重要な証拠資料となり得る。

解説 境界確定協議は、私法上の契約であると解されている（問80参照）

ところ、境界確定協議の当事者は、国と隣接土地の所有者であるが、里道や水路の境界を確定する場合には、里道又は水路の両側の境界を明確にし、その合理的な幅員を確保するとともに、当該里道又は水路の前後の境界も併せて明確にしておかなければ、将来紛争が起きるおそれがあるため、実務においては、隣接地所有者のみならず対側地所有者等にも境界確定協議の立会いを依頼し、現地立会いの上、境界確認書に署名、押印を求めている。

このように、境界確定協議の当事者は、飽くまでも、境界を決めようとする隣接地の所有者及び国であって、対側地所有者の立会い及び承諾は、境界確定協議の当事者としてのものではない。すなわち、協議によって決定される境界は国有地と境界を決めようとする隣接地のみであり、その意味で、対側地所有者は協議の当事者たり得ないのである。

そうすると、境界確定協議の効力は、原則どおり、契約をした当事者にしか及ばず、対側地所有者ないしその特定承継人（特定承継人とは、例えば売買によってある物の所有権を取得するというように、個々の権利を承継した者のことをいう。）には及ばない。

上記のとおり、隣接地所有者がした境界確定協議についての承諾は、後日の紛争発生予防のための証拠資料になるにすぎないものであるが（建部編・国財法精解640頁）、その証拠価値は高く、紛争が現実化した場合においては、承諾にかかる事実関係を前提とした判断がされる可能性が少なくないものと思われる（石川・諸問題195頁）。

<参考文献>

○石川・諸問題163頁、寶金・新訂版里道287頁

問83 国と隣接地所有者との間で成立した境界確定協議の効力は、隣接地所有者の特定承継人に及ぶか

答 国と隣接地所有者との間で成立した境界確定協議の効力は、隣接地所有者の特定承継人には及ばない。

解説

1 境界確定協議は、国と隣接所有者の間において、各土地の所有権の範囲を確定するためにされる私法上の契約であり、その性質は和解契約ないし和解類似の無名契約であると解されている（問80参照）。そこで、国有地と隣接の民有地（A地、所有者甲）との境界について、公法上の境界線によれば係争地がA地に属していたのに、係争地が国有地に属することを前提として境界確定協議をしたときは、特別の事情のない限り、暗黙の合意により、係争地は甲から国へ譲渡されたと認めるのが相当である（大阪高判昭38.11.29下級民集14巻11号2350頁、大阪高判昭57.2.9判タ470号136頁）。

2 境界確定協議の法的性質を私法上の契約と解すると、協議の当事者の特定承継人に対する効力も、契約の一般原則と同様に考えればよいことになる。

前記1の事例で、甲が、国との協議後、A地を乙に譲渡した場合の法律関係を考える。

(1) 隣接地所有者甲が、A地を乙に売却するに当たり、係争地が除外されていたときは、乙はたとえA地の登記を了しても国に対して係争地の所有権を主張し得ない。乙は係争地の所有権をそもそも取得していないからである。

(2) 甲が、A土地に係争地が属するものとして乙に売却したときは、係争地については、二重譲渡と同様の法律関係になるから、先に対抗要件（登記）を了した者が係争地の所有権を取得することになる。

ただ、乙が先に登記を了した場合であっても、乙がA地を譲り受けるに際し、係争地の現況が里道や水路等であることを認識していた場合には、乙の背信的悪意を認定し得ることが多いと思われる。その場合には、乙は所有権を取得しないことになる。

また、乙が係争地の所有権を国に主張し得る場合であっても、乙は係争地について道路用地あるいは水路敷地等として公用負担を負っていることを承認せざるを得ない地位にあるから、乙は国に対し、係争地上の

第7章 境界確定の訴え

道路や水路を撤去して係争地の明渡しを求めることまではできないというべきである。なぜなら、前記境界確定協議によって国は、適法に係争地の所有権を取得し、道路敷地などとして公共の用に供するに至っており、この時点で係争地につき適法に公用制限が生じた以上、乙はいわば公用制限付きの所有権を取得したにとどまるからである。なお、公用制限の有無は民法177条の問題ではなく、乙は、国に対して係争地の使用収益権が妨げられていることを理由とする損害賠償請求をすることはできない（最判（一小）昭44.12.4民集23巻12号2407頁、判時582号61頁、判タ243号190頁）。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道283頁、石川・諸問題166頁

問84 境界確定協議成立後に、要素の錯誤（民法95条）があったことを理由に協議の無効を主張することができるか

答 錯誤が、「争いの対象となった事項」そのものについて存する場合には、錯誤の主張ができないが、「争いの対象となった事項の前提ないしはその基礎として当事者が予定していた事項」につき錯誤があった場合には、錯誤無効を主張できる。

解説

1 境界確定協議は、私法上の契約であり、一般には和解契約（民法696条）あるいはこれに類似する無名契約であると解され、同条が適用ないし類推適用される（問80参照）。したがって、錯誤が「争いの対象となった事項」について存する場合には、民法696条によって錯誤の主張が排除されることになる。すなわち、「争いの対象となっている事項」については、たとえ、公法上の境界と合致しないことになっても、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終結させ、後日、自己の所有地が相手方に取り込まれたことが判明してもその部分は相手方に譲渡したものと

第1 境界査定と境界確定協議

扱おうというのが、当事者の意思であり、境界確定協議の趣旨であると解されるからである。他方、「争いの対象となった事項の前提ないしはその基礎として当事者が予定していた事項」について錯誤があった場合には、まさに、境界確定協議の契約の要素に錯誤があった場合であると解されるから、錯誤無効の主張が妨げられないというべきである（篠塚昭次編・判例コンメンタール5 民法Ⅲ521頁、大判大6.9.18民録23輯1342頁、最判（一小）昭33.6.14民集12巻9号1492頁、東京地判昭45.3.11判時603号67頁、判タ247号225頁）。

2 この点に関する裁判例として、次のようなものがある。係争地付近の地番の一部が書き落とされた公図の写しを用いた境界確定協議の効力が問題となった事案について、千葉地方裁判所八日市場支部昭和60年9月5日判決（公刊物未登載）は、Xが公図の写しが正確なものと誤信した事実を認定して同協議を無効とした。これに対して、控訴審である東京高等裁判所昭和61年7月17日判決（公刊物未登載）は公図の写しは協議の一資料にすぎず、重要な部分について錯誤があったものとはいえないとして同協議を有効とした。上告審である最高裁判所昭和62年4月17日第二小法廷判決（公刊物未登載）も控訴審判決を是認した。一審判決は、公図の写しに関するXの錯誤を要素の錯誤ととらえたのに対し、控訴審及び上告審はXの錯誤を重要な部分についての錯誤ととらえなかった点が両判決の結論を分けているといえる。

<参考文献>

○訟務局編・提要133頁、202頁、寶金・新訂版里道287頁、同「国有財産法上の境界確定協議の効力が問題となった事例」民研384号35頁、石川・諸問題167頁

第2 境界確定の訴え

問85 境界確定訴訟の法的性質はどのように解されているか

答 境界確定訴訟の法的性質については争いがあるが、判例・通説は所有権の範囲とは切り離された地番と地番の公法上の境界を非訟的に形成する形式的形成訴訟であると解している。

解説

1 境界確定訴訟の法的性質については、確認訴訟説、形成訴訟説、形式的形成訴訟説、複合訴訟説等の対立がある（詳しくは、村松俊夫・境界確定の訴〔増補版〕48頁以下等を参照）。学説の対立を要約すれば、境界確定訴訟の背後にある所有権に関わる紛争との関連をどの程度またどのように取り込むかをめぐって論争されている状況にあるといわれている（加藤新太郎「境界確定訴訟の当事者適格」裁判実務体系11巻459頁）。

2 判例は、かつては確認訴訟説的判示をするものが見られたが（大判大9.7.6民録26巻958頁）、大審院大正12年6月2日判決（民集2巻7号345頁）が形式的形成訴訟であるとの立場を採り、その後の判例もこれに続いている（最判（三小）昭38.10.15民集17巻9号1220頁、判時355号46頁等）。

すなわち、判例は、①境界確定訴訟は、公法上の境界を現地に即し具体的に定める創設的判決を求める訴訟であり、当事者は相接する所有地相互の境界が不明ないし争いがあることを主張すればよく、原告において特定の境界線の存在を主張する必要はない（最判（二小）昭41.5.20集民83号579頁）。②相隣者との間で境界を定めても、その一筆の土地の固有の境界自体は変動はなく、かかる合意と異なる境界を判定することができる（最判（二小）昭31.12.28民集10巻12号1639頁、判タ67号68頁）。③境界確定訴訟では処分権主義の適用はなく、裁判所は当事者の申立てに拘束されず、上訴審においても不利益変更禁止の原則が働かない（前掲最判（二小）昭38.10.15）などの諸原則を明らかにしている。さらに、以上の形式

的形成訴訟説の論理的帰結として、証拠は乏しくとも裁判所は請求を棄却できず、どこかに境界を定めなければならない（千葉地判平14.9.20訟月49巻4号1149頁）、判決の効力は第三者にも及ぶ（東京高判昭59.8.8訟月31巻5号979頁）、弁論主義の適用はなく、自白の拘束力がない、和解、認諾、請求放棄ができないなどの諸原則が導かれる。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道266頁、中野編・国財実務232頁、藤田編・不動産実務439頁

問86 国が境界確定訴訟の当事者となる場合の留意点は何か

答 境界確定訴訟は、形式的形成訴訟であって、通常の民事訴訟とは異なった特色があることに留意し、これを正確に理解した上、訴訟を遂行すべきである。

解説

1 訴訟要件

当事者適格及び土地の隣接性に十分注意し、訴訟要件が具備されていないときは訴え却下を求めるべきである（問87ないし問89参照）。

2 訴えの利益

(1) 境界の一部についての訴えは可能と考えるが、裁判所の対応に注意を払うべきである（問90参照）。

(2) 当事者間の主張線が形式的に一致するときでも、実質的に境界確定の利益があると解すべき場合には、本案判決を求めなければならない（問91参照）。

3 訴訟告知

里道と民有地との争いの場合、里道の対側地所有者に対し訴訟告知をするのが相当である（問92参照）。

4 主張立証

- (1) 形式的形成訴訟説によれば、当事者は境界線を主張する必要はないが、実務上、裁判所は、当事者の具体的な主張線やこれを裏付ける資料がなければ、境界を認定することは不可能であり、当事者としてはできる限り調査をし、具体的な境界線の主張をすべきである。

なお、境界は、その場所が図面から一義的に特定できるようにしなければならない。そこで、基点の特定が重要となる。

- (2) 立証方法としては、公図その他の地図、公簿面積との関係、占有関係、境界標識（境界木、境界石、杭、塚等）、自然地形、林相・樹齡、検証、鑑定、証言・供述等のほか、筆界特定制度により登記官が特定した筆界が考えられる（問95参照）。このうち、公図は距離、角度などは不正確であるが、地形的なものは正確であるとされている（水戸地判昭39.3.30下級民集15巻3号693頁、東京地判昭59.1.30判時1129号85頁）。その他の証拠資料も各証拠のもつ特性、限界に十分配慮し、総合考慮の上、合理的境界線を立証すべきである。

なお、筆界特定制度については、問96、問97参照。

5 和解及び調停

形式的形成訴訟説によれば、当事者は公法上の境界を定める権限はないからこの点につき和解（調停）はできない。しかし、私法上の境界すなわち所有権の範囲を合意することは可能であり、これによる紛争の実質的解決も図られる（問94参照）。そこで、境界確定訴訟（境界確定の調停の申立て）を所有権の範囲の確認訴訟（所有権の範囲の確認調停の申立て）に変更した上、所有権の範囲を合意する内容の和解（調停）をすることができる。

もっとも、実務上は、上記のような変更をせずに、和解（調停）がされる事例も散見されるところであるが、このような場合の和解条項としては、誤解を避けるために所有権の範囲の確認の趣旨が明確な表現にすべきである。

問87 境界確定訴訟における当事者適格

答 境界確定訴訟における当事者は、境界に接する土地の所有者に限られる。

解説

- 1 境界確定は、究極において私的紛争の解決を目的とするものである以上、同訴訟においては、当該紛争の抜本的解決について私的利害関係の強い者が、対立する当事者にならなければならない（最判（三小）昭58.10.18民集37巻8号1121頁、判時1111号102頁、判タ524号210頁）。そこで、境界確定訴訟における当事者は当該土地につき処分権能を有する者と解されている。以下、問題となる点について述べる。

2 所有者

- (1) 相隣地の各所有者が境界確定訴訟の当事者適格を有することは疑いない。相隣地の所有者とは、境界に接する土地の所有者に限る。
- (2) 隣接地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え又は訴えられることを要する固有の共同訴訟と解される（最判（一小）昭46.12.9民集25巻9号1457頁、判時667号27頁、判タ277号151頁）。
- (3) 共有者が境界確定の訴えを提起するには、その全員が原告となって訴えを提起しなければならないが、共有者のうち同調しない者がいるときには、他の共有者は隣接する土地の所有者とともに同調しない者をも被告にして訴えを提起することができると解される（最判（三小）平11.11.9民集53巻8号1421頁、判時1699号79頁、判タ1021号128頁）。

3 所有者以外の者

(1) 地上権者

当事者適格を有しない（最判（一小）昭57.7.15訟月29巻2号192頁）。

(2) 抵当権者

当事者適格を有しない（大判大9.7.6民録26輯958頁）。

(3) 賃借権者

当事者適格を有しない（大判大10.5.16民録27輯923頁）。

(4) 永小作権者、不動産質権者

直接の判例はないが、前記(1)ないし(3)の判例に照らすと、当事者適格を有しないと解すべきである。

(5) 所有権移転登記手続請求権等の被保全債権を有する者（債権者代位権を行使する者）

裁判例には、当事者適格を有する（長崎地佐世保支判平11.9.13訟務時報302号30頁）とするものと当事者適格を有しない（千葉地判平13.6.5公刊物未登載）とするものがあるが、当事者適格を有しないと解すべきであろう（問88参照）。

4 係争地の時効取得と当事者適格

(1) 隣接する土地のうち境界に接する部分の一部につき時効取得が成立する場合

隣接する甲乙両地の各所有者間の境界確定訴訟において、甲地のうち境界の一部に接続する部分につき乙地の所有者の時効取得が認められても、甲地の所有者は境界部分についても境界確定を求めることができる（前掲最判（三小）昭58.10.18）。

乙に時効取得されても、甲には、取得された土地部分を乙に分筆し、移転登記する必要があることが考慮されたものと思われる。

(2) 隣接する土地（乙地）の境界に全部接する土地（甲地のうちの一部）について時効取得が成立する場合

隣接する甲乙両地の各所有者間の境界確定訴訟において、甲地のうち境界の全部に接続する部分（甲地のうちの一部）につき乙地の所有者が時効取得した場合においても、甲乙両地の各所有者は、境界に争いのある隣接土地所有者同士という関係にあることに変わりはなく、境界確定の訴えの当事者適格を失わない（最判（三小）平7.3.7民集49巻3号919頁、判タ885号156頁）。

やはり、甲には、取得された土地部分を乙に分筆し、移転登記する必

要があることが考慮されたものと思われる。

(3) 隣接する土地全部について時効取得が成立する場合

隣接する甲乙両地の各所有者間の境界確定訴訟において、乙地に接続する甲地全部につき乙地の所有者により時効取得された場合には、甲地所有者は当該土地全部につき所有権を喪失したというのであるから、当事者適格を失ったというべきである（最判（三小）平7.7.18集民176号491頁）。

この場合、甲には、取得された土地部分を乙に分筆して移転登記する必要は全くなく、当事者適格を認める必要性がない。

(4) 原告所有地と被告所有地との間に第三者が時効取得した土地が介在する場合

原告所有地が、第三者による時効取得地の介在により被告所有地に隣接していないのであれば、原告適格はない。すなわち、境界確定訴訟の当事者適格は、互いに隣接する土地所有者のみに帰属するとするのが通説（奥村正策「土地境界確定の諸問題」実務民事訴訟法講座4巻198頁、村松俊夫・境界確定の訴82頁など）、判例（最判（一小）昭59.2.16判時1109号90頁、判タ523号150頁）である。したがって、原・被告間に第三者による時効取得地が介在する場合、当該介在地の存在により、原告の所有地と被告所有地が隣接していないのであれば、原告適格はないことになる。

(5) 境界に全く接続しない土地を取得した者であっても、原告適格が肯定される場合

甲地と乙地は相隣接しているが、乙地の所有者Aは甲地のうち乙地との境界の全部に接続する部分（以下「丙地」という。）を占有していた。甲地の所有者Bは、甲地のうち乙地の所有者が占有している部分を除いた部分をCに譲渡した。甲地の新所有者Cは、乙地の所有者Aに対し、丙地が自己の所有でないことを自認した上、甲地と乙地との境界の確定と所有権確認を求めた。この場合、甲地の新所有者Cは、境界に全く接続していない土地を取得した者であるが、甲地と乙地が相隣接する関係

第7章 境界確定の訴え

にあつて、自己の取得した土地の範囲を特定するために境界を画定する必要があれば境界確定訴訟の当事者適格を有すると解される（最判（二小）平11.2.26判時1674号75頁，判タ1001号84頁）。

この場合、Cの所有地（甲地の一部）は乙地と隣接していないが、甲地自体は隣接しており、丙地（甲地の一部）は乙地の所有者Aの所有であつて、第三者の所有地が介在しているわけではない。このような点で（4）の事例とは異なる。

<参考文献>

○訟務局編・提要244頁，中野編・国財実務235頁，藤田編・不動産実務455頁

問88 相隣接している土地の所有者でない者が、債権者代位権を根拠として当該土地と隣接地の境界確定請求訴訟を提起できるか

答 できないと解するべきである。

解説

1 問題の所在

土地の所有者でない者が、債権者代位権を根拠として当該土地と隣接地の境界確定請求訴訟を提起することがある。そのような事例の中には、土地（以下「本件元地」という。）の一部（以下「本件土地」という。）を時効取得等を原因として取得した者が、本件土地の所有権移転登記をするために、当該所有権移転登記手続請求権を被保全債権として、債権者代位権を根拠として、本件元地とそれに隣接する土地との境界確定訴訟を提起した事例がある。

その可否を判断するためには、①そもそも代位行使の対象となる権利として、境界確定請求権なる権利を認めることができるか否か、②代位行使の要件を充たすか、③仮に債権者代位権の行使を認めるとすれば、それは境界確定訴訟において当事者適格を認める基準をせん脱することにならな

第2 境界確定の訴え

いか等について、検討する必要がある。

2 境界確定請求権を認めることができるか

これを正面から認める見解がある。森松後掲134頁は、「あたかも、民法が所有権の効力として物権的請求権、共有物分割請求権を認め、占有権の効力として自力救済権を認めると同様に境界確定請求権（本質物権的形成権）を認めることは所有権の効力より生ずる当然の原理であると解したいのである」とする。

しかし、一般の純粹の形成訴訟については必ず一定の形成原因の主張が存在すべきはずであるのに、境界確定訴訟については何ら形成原因の主張が存在しないから、形成権を觀念することは困難であろう（そのため、通説は形式的形成訴訟説を採用している。）。「境界確定の訴については具体的請求権が存在しない」（奥山後掲194頁）と考えるべきであろう。

3 境界確定訴訟の当事者適格との関係

境界確定は、究極において私的紛争の解決を目的とするものである以上、同訴訟においては、当該紛争の抜本的解決について私的利害関係の強い者が、対立する当事者にならなければならず、境界確定訴訟における当事者は当該土地につき処分権能を有する者と解されている（問87参照）。つまり、当該土地の所有権者以外の者には、当事者適格を認めることはできないとされている。

そして、債権者代位権を根拠とすることを安易に認めると、境界確定訴訟の当事者適格を厳格に解釈していることをせん脱することになるから、妥当ではない。

前記1記載の事例の場合、一般の債権者は当然のこととして、一部時効取得の事例も、時効取得した本件土地自体は隣接地とは隣接していないので、本件元地と隣接地の境界確定訴訟を提起できる本件元地の「所有者」には含まれないと考えることができる（もっとも、最判（二小）平11.2.26判時1674号75頁，判タ1001号84頁の趣旨を拡張していけば、別の見解もあり得るかもしれない。）。

4 債権者代位権行使の要件とその転用に対する批判

債権者代位権行使の要件は、①債権保全の必要があること（ただし、債権者代位権の転用事例では債務者の無資力は不要とされている。）、②債務者が自らその権利を行使しないこと、③債権は原則として履行期にあることが挙げられている。したがって、債権者代位権の転用により境界確定訴訟を提起する場合は、まずこの点について検討することになる。この点、自己が権利を有しない土地についてまで債権者代位権の転用を拡大することは、疑問があるといわざるを得ない。すなわち、債権者代位権の転用による境界確定訴訟の提起が認められると、自己が処分権能を有しない土地について境界確定訴訟を提起することを認め、その結果として、処分権能を有しない者が境界確定訴訟の当事者となるとともに、当該土地を所有する者の権利を不当に害する可能性が高いと考える。

5 裁判例

この点に関する裁判例は少なく、結論も分かれている。債権者代位権の転用による境界確定請求権を代位行使できるかを積極的に解したものは、境界確定訴訟は公法上の土地の境界を確定する手続であって、直ちに土地の所有権に変動をもたらすものではなく、本件元地の所有者は、本件境界確定訴訟に参加し、その権利の確保、保全を図ることが可能である旨判示したものがある（長崎地佐世保支判平11.9.13訟務時報302号30頁）。他方、この点について消極的に解したものは、本件土地を時効取得した者は、本件元地に関しては何ら権利を有しておらず、債権者代位権の転用による境界確定訴訟の提起は、境界確定訴訟の当事者適格が両土地の所有者に限定している意義が没却されていて好ましくなく、また、本件元地の所有者が関与していない訴訟で、本件元地とその隣接地との境界が確定されることは、結果として、所有権の範囲も事実上確定されてしまい不当であると判示した（千葉地判平13.6.5公刊物未登載）ものがある。

<参考文献>

○森松萬英「境界確定事件に関する研究」司法研究報告書13輯4号、奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟講座4・179頁

問89 三筆の土地が一点で接する場合の境界確定の訴えは、だれを当事者とすべきか

答 三者間で争いのあるときは他の二者を共同被告とすべきであるが、争いのない者がある場合には、その者を共同被告とする必要はない。

解説

1 問題の所在

三筆の土地（甲、乙、丙地）が相隣接し特定の一点で接する場合、三筆の土地のうち甲乙二筆の相隣接する所有者間で土地の境界について争いとなり、甲地所有者が境界確定訴訟を提起するには、乙地所有者のほかに丙地所有者をも共同被告としなければならないかについては争いがある。

2 判例

この点につき、判例（大判大3.12.24民録20輯1173頁）は、甲地と丙地との境界については紛争がないのに丙地の所有者を訴えなければならないと解すべき理由はない上、甲地と乙地との境界確定訴訟によって甲地と丙地との境界が定まるわけではないとの理由で、必要的共同訴訟ではないと判示した（同旨、山梨簡判昭53.5.30判時937号100頁）。

3 学説

①必要的共同訴訟説及び②そうでないとする説に分かれており、①説は、甲乙丙地の所有者の間で確定した境界線により甲乙丙地が一点で接する位置も新たに創設され、第三者たる丙地所有者もこれを争えなくなり、必然的に丙地と甲乙丙地との境界に法律上影響を受けるので、丙地所有者を共同被告とする必要があるとする。

しかしながら、甲乙丙地所有者間の訴訟で確定するのはその訴訟で争われた境界だけであって、それと異なる境界すなわち甲地と丙地あるいは乙地と丙地との各境界については、たとえT字型に接し、一点で交わる関係にあっても、後の裁判所の判断を拘束することになるわけではない（東京

高判昭59.8.8(月31巻5号979頁)。のみならず、実際の紛争においては、甲乙丙地が1点で接する地点については全く争いがない場合が多く、この場合も必要的共同訴訟であるとすると紛争がない者を訴訟に引きずり込むことになって妥当ではない。そこで、②説が妥当というべきである。

もっとも、こう解すると、甲乙丙の三地が接する地点について前件訴訟で確定した地点とその後の訴訟で確定した地点が異なる場合が出てくるが、「各判決によって三筆の土地それぞれの境界が、特にその集中する付近において不合理を生ずることがあり得るとしても、境界確定争訟について特別の規定がない現行法制上、やむをえない」(前掲東京高判59.8.8)と解される。

4 共同被告とした場合の訴訟形態

この場合には、前記3の最後に述べたような不都合を避け、甲乙両地の境界確定訴訟に丙地所有者が独立当事者参加した場合に必要な共同訴訟の規定が準用されることとの権衡上、類似必要的共同訴訟となると解すべきである。

<参考文献>

○訟務局編・提要209頁、倉田卓次「境界確定の訴えについて」境界確定訴訟に関する執務資料605頁、小澤満寿男＝高須智佳子「境界確定判決の効力」法務省訟務局編・訟務重要判例解説31頁

問90 境界の一部についての境界確定の訴えは許されるか

答 境界の一部についての境界確定の訴えは許されると解すべきである。

解説

1 学説の状況

境界の一部についての境界確定訴訟が許されるか否かについては、これを否定する見解(以下「全部確定説」という。)、肯定する見解(以下「一部確定許容説」という。)及び中間的な見解(以下「折衷説」という。)が

ある。

2 全部確定説及び折衷説の論拠

全部確定説の論拠は、境界確定訴訟が形式的形成訴訟であること(通説・判例)を前提に、①公法上の境界は、一筆の土地とこれに隣接する一筆の土地との間に存在する境界であって、所有権の範囲とは異なるものであるから、例えば、甲土地とこれに隣接する乙土地との境界A・B・Cの各点を順次直線で結んだ線は、不可分な一個のものと観念することができること、②境界は公法上のものであって当事者の任意の処分が許されないものであること(東京高判昭37.7.10下級民集13巻7号1390頁)、③境界確定訴訟においては、裁判所は当事者の申立てに拘束されないこと、④隣接する甲乙両地の境界確定訴訟において、甲土地のうち境界の一部に接続する部分が乙土地所有者により時効取得されても、甲土地の所有者は当事者適格を失わないとする判例(最判(三小)昭58.10.18民集37巻8号1121頁、判時1111号102頁、判タ524号210頁)からも是認することができることというものである。

また、折衷説は、境界確定訴訟において、隣接する土地の境界が不明であるために争いがあることが訴訟要件の一つとされていることから、境界が不明でなく争いがない部分についてまで裁判所は境界確定判決をしなければならないわけではないとして、全部確定説に立ちつつ、境界の不明な部分についてのみの境界確定判決をすることも許されるとするものである。

この点についての裁判例としては、境界の一部について当事者間に争いがなく、かつ、現地の状況からいってその争いのない線を動かす必要のない場合には、その部分の境界線を訴訟上確定する必要があるから、争いのある部分の境界線のみを確定することができる旨判示したものがある(盛岡地一関支判昭43.4.10判時540号68頁)。

さらに、基本的には全部確定説に立ちつつも、特段の事情がある場合に境界の一部の確定が認められると判示したもの(東京高判平11.3.14月47巻4号706頁)がある。

3 全部確定説及び折衷説に対する批判

しかし、全部確定説の根拠のうち、①については、特に山岳や道路、水路等相隣接する土地の境界線が長い場合のように、境界の全部を確定するには、測量図の作成を要するなど不必要あるいは困難な作業を当事者に要求することになる上、全部の境界確定訴訟しか許容しないとすると、当事者に無用の印紙の貼付を求めることになって実務上不都合である。そのため、このような里道などの長狭物については一部境界確定訴訟を認める必要性は大きい。

また、②については、一部の境界確定は客観的境界を確定する問題であって、主観的境界の問題である当事者による任意の処分の問題とは異なるから、一部境界確定訴訟を否定する根拠とはなり得ない。

さらに、③については、確かに裁判所は当事者の主張する境界線には拘束されないが、しかし「訴えなければ裁判なし」の原則からすれば、一部分の境界確定の申立てに対し全部の境界を確定することこそできないのである。

最後に、④は、境界確定訴訟と所有権の範囲の確認訴訟とは異なることをいうにすぎないから、一部境界確定訴訟を否定する根拠とはなり得ない。

これに対し、境界の一部についての境界確定訴訟を認めると、客観的には一直線であるべき境界が、個別の訴訟における証拠いかんによって、そうでなくなってしまうという結果を生ずるおそれがあり、果たして最終的に真実適正なる境界を確定することができるであろうかという疑問が生ずる。しかし、それは、裁判所が一直線になるような境界を形成すれば済むことであって、問題とはならないであろう。

次に、折衷説の立場を採ったとしても、裁判所は、当事者間に争いがなないことのみをもって争いのない部分の判断をしなくてもよいことにはならず、実際には当事者間で境界が不明でなく争いがなないとして一部の境界確定訴訟を提起しても、裁判所は境界が不明であるとして、当事者が確定を求めている部分についてまで判断する必要性が生じてしまう場合もある

が、それを認めると結局のところ「訴えなければ裁判なし」の原則に反することになってしまうのである。

4 一部確定許容説について

以上のとおり、全部確定説及び折衷説の論拠はいずれも説得的ではなく、境界の一部の確定を求める訴訟を理論上否定することはできないというべきである。そうすると、前述したとおり、境界の一部の確定を求める訴訟の必要性がある以上、一筆の土地の一部の境界確定訴訟も当然許容されるべきである。

もっとも、一部確定許容説に立つて境界の一部の確定を求める場合、確定を求める範囲、すなわち審判の対象を特定しなければならない。その理由は次のとおりである。相隣接する二筆の土地の境界のうち争いのある連続した部分のうちの更に一部分のみの確定を求める訴えを提起したが、裁判所としては当事者の主張する境界線に拘束されないこともあって、原告が確定を求める範囲を越えて境界を確定する判決の必要が生ずる場合があり得る。そのような場合には、裁判所としては「訴えなければ裁判なし」の原則に反しないよう釈明権を行使して、原告に対し、例えば、客観的に特定される地点を起点及び終点とする等の方法により、再度確定を要する範囲を特定するよう求めるべきである。その結果、当初の訴えを拡張する必要があるれば、原告において、訴えの変更手続を採るか、原告が変更手続を採らないときは、被告において反訴手続を採るべきことになる。

<参考文献>

○訟務局編・提要249頁、254頁

問91 原・被告主張の境界線が一致する場合、境界確定を求める訴えの利益はあるか

答 境界確定訴訟において、原・被告の主張する境界線が一致する場合、一般的には訴えの利益がない。しかし、里道や水路などと民有地との境界確定協議が対側地所有者などの同意がないために成立せず、境界確定訴訟が提

起されたときは、原告と被告である里道や水路の所有権を有する者の主張する境界線が一致したとしても、潜在的には争いがあり、訴えの利益が認められる。この場合、里道や水路の所有権を有する者としては、訴えの却下を求めるべきではなく、この特殊事情を主張して、本案判決を得るように努めるべきである。

解説

1 境界確定訴訟における訴えの利益

境界確定訴訟は、隣接する土地の境界が事実上不明なため争いがある場合に、裁判によって新たにその境界を確定することを求める訴えである（最判（一小）昭43.2.22民集22巻2号270頁，判時514号47頁，判タ219号84頁）から、一般的には、原・被告双方が主張する境界線が一致する場合には、境界に争いがないこととなって、境界確定の訴えの利益がないとして却下されてしまうことになる（大阪高判昭43.5.31判タ224号162頁）。

しかし、境界確定協議が成立しなかったために提起された境界確定訴訟において、原告と被告である里道や水路の所有権を有する者の主張する境界線が一致した場合についても、これと同様に考えるべきかについては問題がある。この点に関する最高裁判所の判例はないが、下級審の裁判例は、訴えの利益なしとして却下したものと、訴えの利益の有無に言及することなく実体判決を言い渡したものとに分かれている。

2 境界確定協議が成立しなかったために提起された境界確定訴訟の特殊事情

里道や水路などと民有地との境界確定協議においては、原則として、対側地所有者らなどの関係人に立会いを求め、現地立会いの上、合意が成立すれば、境界確認書に署名、押印を求めるという取扱いがされている（財管研究会編・公共用財産手引118頁，問81参照）。そして、立会いを求められた対側地所有者らが、協議に応じなかったり、境界についての協議が不調となった場合、前記里道や水路が地方分権一括整備法により市町村に譲与される以前においては、当該里道や水路の財産管理は都道府県の法定受

託事務となり、地方分権一括整備法施行前と同様に国有財産法の規定により、国として、境界線について争いのない隣接地所有者との間で境界の確定を行うことが可能である。しかし、このような場合、対側地所有者らが、後に境界確定訴訟か所有権確認訴訟を提起し、当該訴訟において、前記の境界確定協議で確定した境界が正しいことを前提とする国の主張が認められなかった場合、結果として里道や水路等の幅が本来の幅より狭くなって里道等としての機能が確保できなくなってしまうおそれがある。そのため、実務上は、対側地所有者らが協議に応じなかったり、協議が不調となった場合には、仮に、隣接地所有者の主張する境界線が妥当なものと判断されたとしても、国は境界確定協議に応じないという取扱いがなされている（財管研究会編・前掲書124頁）。その結果、双方の主張する境界線が異ならないにもかかわらず、当該隣接地所有者が国を相手として境界確定訴訟を提起するという事例が少なくない。

3 前記特殊事情からみた訴えの利益

境界確定訴訟において、「境界が事実上不明なため争いがある場合」に非訟的に公法上の境界を確定する方法については、裁判所が、まず証拠によって客観的に存在する公法上の境界線を探求し、これを発見し得たならばその境界線を確認的に確定し（民訴法的な確認判決ではなく、本質的には行政処分の性質を有する確認作用に類するものといえる。）、証拠上発見し得ない場合には、その境界線を形成的に確定するものとされており、この境界が「不明」という意味も、証拠上確定し得ない程度の不明に限らず、境界について争いが存在するという程度の意味に解すべきであるといわれている（奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」実務民事訴訟講座4巻187頁）。その争いは、訴訟によって解決を図るべき実利を伴う争いでなければならないが、そうである以上、その争いが潜在的なものであっても、訴えの利益があるというべきであろう。

対側地所有者等との協議不調等により境界確定協議が成立しなかったために提起された境界確定訴訟において、原告と被告の主張する境界線が一致したとしても、被告の主張は、対側地や隣接地との関係でも被告の主張

第7章 境界確定の訴え

する境界線が認められることを前提とした主張であって、確定的に原告の主張する境界線と同じ境界線を主張しているわけではなく、潜在的には、境界線について争いがある。だからこそ、被告は、隣接地所有者との間ではその主張する境界線が一致しているにもかかわらず境界確定協議に応じないのである。したがって、隣接地所有者としては、里道等との境界が確定しないと種々の不利益があるにもかかわらず、被告が境界確定協議に応じようとしないのであるから、前記争いは、実利を伴った争いであるといえる。

もっとも、厳密にいうと、境界確定協議における境界は、所有権の範囲を画する境界（私法上の境界）であって、公法上の境界ではないが、公法上の境界と私法上の境界とは一致するのが通常であるから、当事者の意識としても、通常は、境界確定協議における境界について争いがあれば、公法上の境界について争いがあるとも評価できるのである。

そうすると、本間のような場合、境界確定の利益があると解すべきことになる。

4 却下されないための対応策

本間のような場合、境界確定の利益があると解される上、境界確定協議が成立していないことを踏まえると、せっかく原告から訴訟を提起されたのであるから、却下を求めて紛争の種を将来に残すより、この機会に境界を確定させておくのが妥当である。

しかしながら、前記1で述べた裁判例の状況からすると、被告が却下を求めているのに、却下判決を言い渡されるおそれがある。そこで、却下されないための方策を検討する。

まず、訴訟の冒頭では、被告としては、具体的な境界を主張せずに、境界の確定を求めるというものや、境界線は不明ないし明確には主張できないとしつつ、境界線を確定するに足る証拠を提出するという対応が考えられる。しかし、その後の被告の対応としては、原告と同じ境界線を主張した上、境界確定協議の実務上の取扱いや境界が事実上不明で争いがあることを、一定の幅員を要する里道等の特殊性から説明し、境界確定の利益が

第2 境界確定の訴え

あることを準備書面において積極的に主張して、境界の確定を求めるべきであろう。

また、これと併行して、対側地所有者等に訴訟告知して（問92参照）、対側地所有者等を当該境界確定訴訟に引き込み、同人との関係では境界について明示的な争いがあり、ひいては、原告との間の境界についても争いがあることを裁判所に説明することも考慮に値する。

さらに、紛争の抜本的解決のため、里道や水路の所有権を有する者が対側地の所有者を被告とする境界確定訴訟を提起し、本件訴訟との併合を求めることも考えられる。

<参考文献>

○訟務局編・提要264頁

問92 里道と民有地との境界確定訴訟において、里道の対側地所有者に対して訴訟告知をすべきか

答 里道の対側地所有者との協議が不調のため境界確定協議が成立せず、境界確定訴訟が提起された場合には、対側地所有者に対し、訴訟告知するのが相当である。

解説

1 訴訟の当事者は、訴訟の係属中、参加することができる第三者にその訴訟の告知をすることができ（民訴法53条1項）、訴訟の告知を受けた者が参加しなかった場合においても、被告知者に対しては、いわゆる参加効力が及ぶことになる（同条4項）。そして、参加することができる第三者とは、訴訟の結果について利害関係を有する者である（民訴法42条）。

民訴法42条の「訴訟の結果について利害関係を有する者」とは、親戚・友人として助けるという感情的関係、または、原告が勝訴すれば原告の債権者としては債権の弁済を受けることができ、あるいは訴訟当事者たる会社の勝敗いかんによっては株主として受ける利益配当に増減があるという

経済的關係ではなく、私法上又は公法上の権利關係に法律上影響を受けるという法律的な利害關係を有するものでなければならない（大決昭7.2.12民集11巻119頁，同昭8.9.9民集12巻2294頁）とされている（菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ（補訂版）353頁）。

そして、ここでいう法律的な「利害關係」の意味について、①通説（菊井＝村松前掲書354頁，斎藤ほか・注解民事訴訟法(2)205頁など）は，訴訟の結果，すなわち判決の結論（判決主文における訴訟物自体に関する判断の結果）につき，利害關係を有することを要し，それも，判決の理由中の判断によって直接間接に法律上不利益を受けるという程度では足りないとする。これに対し，②判決の理由中の判断に法律的な利害關係を有するときには，本条にいう利害關係を肯定すべきであるとの見解（新堂幸司ほか・注釈民事訴訟法(2)112頁以下ほか，伊藤眞・民事訴訟法〔第3版補訂版〕602頁）や，③一方当事者の敗訴によって第三者が一定の請求を受け又は訴えられる蓋然性があり，第三者を当事者とする第二の訴訟で，当該第一の訴訟の判決理由中の判断が参考にされて第三者に不利益な判断がされる蓋然性があること（井上治典「補助参加の利益」民事訴訟雑誌16号150頁）とするものなど，参加要件を実質的かつ弾力的にとらえていこうとするものがある（井上治典・基本法コンメンタール〔第二版〕新民事訴訟法1・107頁参照）。

下級審の裁判例では，通説と同一の見解を述べるもの（東京高決58.9.30行集34巻9号1697頁，判時1101号40頁など）もあるが，具体的事例においてかなり緩やかに肯定しているもの，批判的見解に賛成するものもあり（大決昭8.9.9大審院民事裁判例集12巻2294頁，名古屋高決昭43.9.30高民集21巻4号460頁，判時546号77頁，判タ232号121頁，東京高決昭49.4.17判時748号61頁など），裁判例の見解はまだ統一していないとされている（菊井＝村松前掲書355頁）。なお，最近では，東京高等裁判所平成2年1月16日決定（判タ754号220頁）は，当該参加申出人は，訴訟物（土地建物等の所有権ないしこれに基づく物権的請求権等）それ自体についての判断に利害關係を有する者ではないとした上で，「補助参加制度の趣旨にかん

がみると，本件のように，右の公正証書ないしそれに基づく遺贈の有無及び生前贈与の成否が訴訟の中心的な争点となっている場合に，抗告人が訴訟物それ自体についての判断に利害關係を有しないとの一事をもって抗告人は補助参加の利益を欠くと断ずるのは相当ではなく，すすんで抗告人の主張する利害關係の性質・内容・その程度を検討した上でその許否を決すべきものと解される。」と判示した。

2 ところで，境界確定訴訟の法的性質について形式的形成訴訟説を採る通説・判例の立場からは，それが対世的効力なのか反射効なのかについては争いがあるものの，判決の形成力は第三者に対してもその効力が及ぶと解されている。そうすると，里道とその隣接地（以下「甲地」という。）との境界が境界確定訴訟によって確定すると，対側地（以下「乙地」という。）の所有者も，里道と甲地の境界線を当該判決どおり承認せざるを得なくなる。

この結論は，逆にいえば，当該判決によっては乙地と里道の境界は何も決まらないことを意味するものの，通常，里道の幅については当事者間に争いがないことを考慮すると，甲地と里道の境界が定まることによって，これを前提に，乙地と里道の境界が確定される可能性が事実上高くなるとも考えられる。そうであれば，参加要件を実質的かつ弾力的にとらえる前記1の②の各見解によればもちろん，①の見解によつても訴訟物たる境界がどこに形成されるかについて，乙地所有者は直接法律上の利害關係を有すると解することができよう。

加えて，補助参加については，訴訟当事者が異議を述べない限り裁判所はその参加の許否を判断しないこと（民訴法44条），本間のような事案は実質的には甲地所有者と乙地所有者の紛争に起因するものが多く，また，前記のとおり，里道の幅については，通常，関係者間で争いがないため，乙地所有者は参加した後，里道の所有権を有する者の主張の正当性を主張，立証することが期待できること等の実情にかんがみても，当事者たる里道所有権を有する者としては乙地所有者に対し訴訟告知するのが相当であろう。

<参考文献>

○訟務局編・提要274頁、279頁

問93 無断で宅地造成したことにより地図混乱地域となり、真実の里道の位置が不明となった場合の境界確定訴訟における対応はどのようにしたらよいか

答 国としては、相手方の主張・立証の推移及び他の土地所有者の動向等を見守りつつ、適正な時期に裁判所に和解勧告を促して、現況の道路敷地を国有地とする内容のいわゆる集団和解を行い、全関係者との間で紛争を全面的に完結するのが相当である。そのためには、関係地方公共団体及び管轄登記所と十分に協議して、当該分譲地全域について地図混乱の状況を調査し、速やかにこれを是正する方策を具体的に検討するとともに、裁判所及び関係当事者の理解と協力を求める必要がある。

解説

1 はじめに

宅地開発業者が、山林等を宅地として造成して区画割りをした後、不動産登記制度の下における登記所備付けの地図（特に旧土地台帳附属地図である公図）と現況とを合致させるための適正な手続を経由しないまま分譲したことから、分譲地の全域において、公図に表示された土地（里道）の位置及び区画と現況の土地（取付道路）の位置及び区画とが相違して、いわゆる「地図混乱地域」となる場合が少なからず存在する。このような地図混乱地域を放置すると、当該分譲地を購入した多数の者との間でも土地の境界をめぐる多数の紛争が生じるおそれがある。

したがって、本間のような事案の解決に当たっては、現在係属中の当該事案のみの対応にとどまらず、当該分譲地全域における地図混乱の状況の一括是正を図ることを念頭に置いて検討する必要がある。

2 地図混乱地域の一般的是正方策とその問題点等について

第2 境界確定の訴え

いわゆる地図混乱地域を登記簿上あるいは公図上適正に解消するためには、まず、各地域における混乱発生の経緯等を十分に解明するとともに、現況を正確に把握し、今後の紛争再発を防止する方法などを検討した上、当該地域に最も適した現実的な是正を図る必要があるとされているので、これらの要請を踏まえて、一般的に考えられる各是正策の概要と問題点について検討する。

(1) 分・合筆登記等の原則的な手続による是正

原則的な是正策としては、分筆錯誤又は合筆によって原状に回復した上、現況に基づく再分筆とこれに符合した所有権移転等の登記手続の申請により、又は現在の登記事項を基礎として、現況区画に一致するように分・合筆、所有権移転等の登記手続の申請により是正する方法である。

この是正策は、土地の形質変更がごく小規模なもので権利の移動等も少ない混乱地域については有効であるとしても、広範囲な混乱地域について実行することは事実上困難であり、一方、登記所としても、一筆ごとの筆界を確認するに足る資料が存在しないことから、登記手続を指導することが困難となり、手続の煩わしさや登録免許税の負担等の問題もあって非常に実現困難な是正策とされている。したがって、本間の分譲地域が大規模な混乱地域であり、しかも現況は里道の位置までも変更しているのであれば、この手続によることは事実上不可能と思われる。

(2) 土地の所有者等全員の合意に基づく地図訂正による是正

これはいわゆる集団和解方式といわれる是正方策であり、土地の所有関係及び権利関係が安定している地図混乱地域において、土地所有者全員が現況区画を相互に確認・了承し合い、境界に関する合意が成立している事実を登記所が認めた上で、それを登記に反映させるとともに、現況区画を測量して作成した図面を既存の備付図面と差し替える方法である。

この集団和解方式による是正が可能とされるためには、一般に、①土地所有者・抵当権者等の利害関係人の合意と関係市町村等の協力が得ら

れること、②現地における各筆が境界標等により明確に区画されており、現況区画について占有及び権利関係が安定し、将来とも係争の生じおそれがないこと、③当該地域内のいわゆる法定外公共用物（里道・水路等）について、付け替え、払下げ等の所定の処理が可能であること、④登記制度に活用し得る現況図面の作成が可能であること、⑤登記及び地図訂正に関する事務手続等について取りまとめ役を果たす申請代理業者等の選定が可能であること、⑥利害関係人の合意を担保するために、申請書又は申出書に添付される同意書等に印鑑証明書の添付が可能であること等の条件を満たしていることが必要である。

したがって、本問の事案においても、これらの各条件を満たすよう努力して、集団和解方式による地図訂正の方法で問題を解決することは可能であろう。

(3) 土地改良事業又は土地区画整理事業による是正

混乱地域が土地改良事業あるいは土地区画整理事業の要件を満たしている場合（土地改良法、土地区画整理法の各2条）に、当該地域について各事業を実施することにより是正を図るものであり、一般的には登記制度上最も適切な方法と考えられている。

なお、土地改良事業は、法律上農業基盤の改善・改良を目的とする事業に限られる（土地改良法1条）し、また、土地区画整理事業の場合も、同事業上求められている公共施設用地の確保等について地域住民の同意を必要とする等の問題があるところ、本問のような宅地造成の事案の場合は、その目的及び要件の点で前提条件を欠くと思われる。

(4) 国土調査法に基づく地籍調査による是正

国土調査法に基づく地籍調査（問39参照）は、原則として登記所備付けの公図を基礎として作成された調査図素図に基づき、おおむね土地の配列の順序に従い、各筆の土地について、所有者、地番、地目及び筆界の調査を行うものである。地籍調査が調査図素図に基づいて既存の地籍事項を前提としながら、現地において得られた各筆の土地の物理的状況等を参考にして、本来あるべき筆界を確認して登記の記載を改めていく

ことを基本的な方針としていることから、これにより混乱地域の是正を図るものである。

この方法については、地図が全く機能していない混乱地域の場合は、何を基礎資料として調査図素図を作成するかが問題となるところ、昭和30年10月4日経済企画庁国土調査課長の照会に対する法務省民事局第三課長回答（同年12月16日民事三発第753号）によれば、市町村備付地図、空中写真、その他の資料に基づいて一筆地調査図を作成して現地調査を行うことは差し支えないとのことであるから、一応地図は存在するものの、それが全く機能していない地域であるような場合でも、地域内の土地所有者及び利害関係人の間に争いのない現況図面等が存在する場合には、それを資料として調査図素図を作成することが可能であり、これを基に合法的な地図調査を行い混乱地域の是正を図ることが可能であると考えられる。

したがって、本問における分譲地全域について、近々国土調査が実施される予定又はその可能性があり、かつ、関係者の合意による（共通の）現況図面等の作成が可能であれば、国土調査法に基づく地籍調査により混乱を是正する方法も考えられるであろう。

(5) 地方税法の規定に基づく申出による是正

地方税法の規定に基づく申出による是正策は、専ら登記された事項に依存して行われている市町村の土地又は建物に対する固定資産税の賦課を適正に行うために設けられた同法381条7項の規定を用いることにより、混乱地域の是正を図ろうとするものである。

なお、この方法を採用場合は、その前提として前記(2)のいわゆる集団和解方式と同様に、地域内の土地所有者全員の同意を得る必要があるところ、本問において、分譲地内の土地所有者全員の同意を得ることができれば、地方税法の規定に基づく申出による方法も可能であろう。

(6) 占有地の時効取得に基づく所有権確認の訴えによる是正

分譲地が明確に区画され、公図上の里道とは別のところに道路が設置されているのであれば、各買主及び国はそれぞれの占有地を時効取得し

ていることもあると思われる。その場合には、最終的には、国も含めて各人が占有している部分を所有地とするほかはないことになる。そこで、国としては、原告に対し、現況道路部分について所有権確認の訴えを提起することも検討すべきである。

3 おわりに

事実関係いかんによって採り得る方策は幾つかあると思われるが、その選定に当たっては、当該地域における混乱の発生経緯や現況等を十分に調査し、その地域に最も適した現実的な是正方策を慎重に検討すべきである。

本間のような事案においては、今後、本件と同様の訴えの提起がされる可能性が高いことから、できれば、現況の占有関係を基本とした集団的和解による是正方法を試みるのが最も望ましいと思われる。

なお、本間のような地図混乱地域の是正方策の検討に当たっては、当該分譲地域全体について地図混乱の原因、経緯、公図との位置関係等を精査するとともに、関係地方公共団体及び管轄登記所（又は法務局不動産登記部門）と十分協議し、緊密な連絡を保つこと、また、裁判所に対しても、地図混乱の全容を伝えて、その解決方法等について積極的に意見を具申することが肝要である。

<参考文献>

- 訟務局編・提要339頁、中込敏久「地図混乱地域の是正方策について（上）（下）」民事月報36巻4号3頁、同36巻5号3頁、小林康行「地図訂正をめぐる諸問題」法務研究報告書73集4号134頁

問94 境界確定訴訟において和解ができるか

答 公法上の境界についての和解はできない。

ただし、所有権の範囲を画する私法上の境界についての和解を成立させることはできる。

解説

1 境界確定の訴えは、通説・判例によれば、形式的形成訴訟であり、かつ、確定される境界は、公法上の境界である（問85参照）。土地所有者は、土地所有権を自由に処分することができるが、既に定められている一筆ごとの土地の範囲を画する公法上の境界を自由に処分することは許されない。そこで、当事者は、合意によっても境界そのものを動かすことはできず、公法上の境界について裁判上和解しても、その効力を生じないと解されている（村松俊夫・境界確定の訴（増補版）36頁、93頁、最判（二小）昭31.12.28民集10巻12号1639頁、判タ67号68頁、最判（三小）昭42.12.26民集21巻10号2627頁、判時507号29頁、判タ216号126頁）。

しかしながら、土地所有権の範囲を当事者間で合意し、私法上の境界を定めることは、何ら妨げられるものではないから、当事者は自由にこの点についての和解をすることができる（通説）。そこで、当事者間の境界についての和解は、通常、公法上の境界について合意したものではなく、双方の土地所有権の範囲を画する私法上の境界について合意したものと解される限りで有効とされ、このようにして合意された境界は、後日の境界判定の有力な資料となり得るし、それが公法上の境界と合致しない場合には、一方の所有地の一部分についてその部分の所有権を相手方に譲渡したと解すべきであるとされている（村松・前掲書94頁、問80参照）。

2 私法上の境界を定める和解をする場合には、境界確定訴訟のままでよいのか、それとも所有権の範囲の確認訴訟に訴えを変更しなければならないかが問題となる。

裁判実務上は、境界確定訴訟のままで所有権確認等の和解を成立させている例も散見され、実務上はこの方が多いとされている（伊藤瑩子「境界確定事件と和解」後藤勇＝藤田耕三編・訴訟上の和解の理論と実務265頁、小川弘喜＝渡辺昭二「書記官事務を中心とした和解条項に関する実証的研究」書記官実務研究報告書258頁）が、原則的には、公法上の境界について和解はできないから、公法上の境界についての合意でないことをより明確にするために、所有権の範囲の確認訴訟に変更させた上、和解を成立さ

第7章 境界確定の訴え

せるのが相当であろう。

境界確定訴訟のままでも、和解調書中に取下条項や訴訟終了の合意を入れるなどすれば、理論上、私法上の境界について和解し得ないものではない。しかも、相手方が訴えの変更に応じないからといって、和解を成立させなければ、いたずらに審理を長期化させることになったり、判決で国に不利な結果となる可能性もある。そのため、和解によることが妥当であると判断されれば、境界確定訴訟のままで所有権の及ぶ範囲についての和解を成立させることもやむを得ないであろう。

しかし、その場合でも、和解条項としては、所有権の範囲の確認の趣旨が明確になるよう表現に留意する必要がある。

<参考文献>

○訟務局編・提要362頁

問95 境界確定訴訟における境界線の立証方法にはどのようなものがあるか

答 一般に、境界線の立証方法としては、従前から挙げられている①占有状況、②公簿面積との関係、③公図その他の図面、④境界木又は境界石、⑤尾根・崖・谷などの自然地形、⑥道路・山道、⑦林相・樹令、⑧証人・当事者尋問、⑨鑑定、⑩検証等のほか、今後、登記官により特定された筆界が立証方法として利用されることになると思われる。

解説

1 境界確定の立証方法及び資料の収集方法

境界線の立証方法としては、一般に、①占有状況、②公簿面積との関係、③公図その他の図面、④境界木又は境界石、⑤尾根・崖・谷などの自然地形、⑥道路・山道、⑦林相・樹令、⑧証人・当事者尋問、⑨鑑定、⑩検証等があり（藤田編・不動産実務470頁）、これらの資料の収集に努めなければならないことはもちろんである。

第2 境界確定の訴え

その方法としては、まず、現地調査を十分に行うことが必要である。繰返し足を運んでいくうちに、地形上の特徴等に気付くことがあるものであり、特に、里道のような長狭物については、係争部分の前後に連なる部分についても現地調査を行う必要があろう。

なお、付近住民は、自ら見聞し、又は親等から伝え聞いて、里道や水路の昔からの形状がどのようなものであったか、だれが里道を侵食したのか等の事情をよく知っているものと考えられるが、紛争に巻き込まれることを嫌がり、協力的でないこともある。そのため、やむを得ない場合は、法廷での証言は求めないこととした上で、情報提供してもらうことも考えられよう。

また、係争部分以外における境界確定協議は、里道の範囲についての付近住民の認識が表れたものとして重要なものである。

さらに、実際の紛争は、隣接地所有者や対側地所有者との境界紛争に端を発して訴訟になった事例が多く、里道の幅員を確保する観点から、これらの者への訴訟告知又は里道の所有権を有する者が原告となつての新訴の提起を行い、それらの者の持つ情報を引き出す方法も実務上行われているところである（問92参照）。

書証等の客観的資料としては、登記官が特定した筆界（筆界特定制度については、問96、問97参照）のほか、公図（問34参照）が考えられるが、マイラー化（ポリエステル・フィルム）の基礎となった図面以外にも法務局に保管されている図面がないか、市町村役場に保管する図面との齟齬がないかも検討を要する。

航空写真は、里道の存在や大まかな形状を知るためには利用価値が高いものであるが、これには、①米軍が日本全域を終戦直後に撮影したもの、②国土交通省国土地理院が日本全域の平地及び周辺の山地等を、昭和35年ころから一定の周期ごとに撮影したもの、③農林水産省林野庁が日本全域の山岳を主とする地域を、昭和27年ころから一定の周期ごとに撮影したもの及び④都道府県が国有林野以外の森林が存在する地域を、継続的に撮影したものがあ、①及び②の写真は国土地理院が、③及び④の写真は林野

第7章 境界確定の訴え

庁がそれぞれ保管している。航空写真が古くて復元性がないということであれば、必要に応じ新たな写真を入手し、境界確定の立証に役立てるべきである。なお、国土地理院が撮影したものは財団法人日本地図センターから、林野庁が撮影したものは社団法人日本林業技術協会からそれぞれ販売されている。

ちなみに、航空写真とは航空機から撮った写真のことであり、空中写真とは、気球、人工衛星、航空機等にカメラを載せて、空中から地上を撮った写真のことを総称して空中写真といている（国土調査研究会編・国土調査用語辞典（改訂版）132頁参照）。

2 資料の評価

以上の方法により収集された資料による事実関係をいかに評価し、立証の方法を定めていくかを考えるに当たっては、石川和雄「官民境界確定訴訟における実務上の諸問題」法務研究報告書77集5号175頁が参考となる。

その要点は、裁判例においては、まず、現地において境界を示す資料である境界木や境界石が発見されれば、それが特に重視されていることである。このことは、公図が後記のとおり定性的にはある程度信頼できても、定量的には余り信頼できないとされているので、現地における数センチメートル単位の境界線の争いは、境界木等に頼らざるを得ないことになることを意味している。

次に、境界木等が存在しなくても、占有を画する不動の構築物により認められる占有状態が重視されている。構築物は、通常、当時の境界を前提として、それを侵害しないように立てられることから、境界木等に準じた意味をもつからである。

また、境界確定協議は、関係人が参加してその合意に基づいて成立する以上、昔からの占有状態を把握する資料として重要であるとされていることである。

以上の方法により難いときに、自然地形、公図、公簿面積等を総合的に判断して境界が確定される。

このうち、公図の信頼性については、さまざまな議論がされているが、

第2 境界確定の訴え

定量的にはそれほど信用できないとしても、土地の形状の概略、相互の配列、位置等の定性的面ではかなり信頼できるとの理解が一般である（東京地判昭59.1.30判時1129号85頁等）。なお、市街地、耕作地、山林のいずれについての公図であるかによってある程度典型的に精度の差があり、耕作地についての公図であっても地域によって精度が異なることに注意しなければならない。

以上のとおり、同じく間接事実又は証拠と呼ばれるものであっても、その重要度において差がある。また、各間接事実等の当該訴訟における重要度は、訴訟に提出された他の間接事実との比較において相対的に定まるものであり、同じ公図がもつ重要度は、他に境界木等の資料が発見できた場合とできなかった場合とでは、異なることになる。

したがって、事実関係の調査においては、裁判例から示される一般的な考え方を理解した上で、前記に説明した重要度の高い資料の入手に努めることはもちろん、その評価においても前記の重要度を意識した評価が必要であろう。

<参考文献>

○訟務局編・提要331頁、石川・諸問題21頁、172頁、第89回法務局・地方法務局職員高等科研修事例研究班別研究報告書「立証準備活動についての一考察」民研529号30頁

第3 筆界特定制度

問96 土地の筆界特定制度とはどのようなものか

答 筆界特定とは、筆界特定登記官が、土地の所有権登記名義人等の申請により、筆界調査委員の意見を踏まえて、筆界の現地における位置を特定することをいう。

解説

1 筆界特定制度創設の経緯

平成15年6月、内閣に設置された都市再生本部から「民活と各省連携による地籍整備の推進」の方針が示された。この方針において、「法務局が境界の確定等に関与して地籍調査素図を迅速に正式な地図とするための法整備を行う」とされ、筆界を適正かつ迅速に特定するための制度を設けることにより、筆界をめぐる紛争を早期に解決し、地図の整備の促進に寄与するような法整備を検討すべきであるとされた。

そこで、新たに土地の筆界特定制度を導入することを主な内容とする不動産登記法等の一部を改正する法律案が、平成17年2月8日、閣議決定を経て、同月9日、第162回通常国会に提出された。同法案は、同年3月29日の衆議院本会議及び4月6日の参議院本会議で、それぞれ全会一致をもって可決され、同年4月13日に平成17年法律第29号として公布された。

今回の改正では、不動産登記法（平成16年法律第123号）のほか、司法書士法（昭和25年法律第197号）及び土地家屋調査士法（昭和25年法律第228号）についても一部を改正し、司法書士及び土地家屋調査士の業務に関して筆界特定についての手続の代理及び民間の裁判外紛争解決手続の代理に関する規定の整備を行っている。

2 筆界特定制度の意義

「筆界」とは、表題登記がある一筆の土地とこれに隣接する他の土地（表題登記がない土地を含む。）との間において、当該一筆の土地が登記

第3 筆界特定制度

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い（不動産登記法123条1号）、私法上の境界ではなく、公法上の境界である。「筆界特定」とは、筆界特定登記官が、土地の所有権登記名義人等の申請により、筆界調査委員の意見を踏まえて、「筆界」の現地における位置を特定することをいう。

筆界特定は、過去に登録された土地の登記時における筆界の位置についての登記官の認識を公的に示すものであり、公の証明力を有するものである。したがって、筆界特定に際し、現在の占有状況や土地所有者等の証言に基づき所有権の範囲が判明した場合であっても、それは筆界特定に当たった判断材料となるものであるが、その範囲を画する線が登記時の筆界と異なることが明らかであれば、その線をもって筆界として特定することは許されない。

また、筆界特定に際し、筆界の位置を特定することができない場合には、その位置の範囲を特定することとされており（不動産登記法123条2号）、新たな筆界を形成的に確定することは予定されていない。この点、境界確定訴訟においては、境界（筆界）の位置が不明のときには、裁判所が判決をもって境界（筆界）を創設的に形成すべきと解されていることとは異なっている。

このような制度を設ける意義は、裁判によるまでもなく、行政機関の行為として筆界についての適正な判断を迅速に示し、公の証明をすることにより、筆界をめぐる紛争を予防し、又は早期に解決することを可能にするところにある。

<参考文献>

○清水響「不動産登記法等の一部を改正する法律の概要」民事月報60巻5号9頁

問97 特定された筆界に係る境界確定訴訟において、当該筆界特定に係る筆界はどのように取り扱われるか

答 筆界特定がされた場合において、当該筆界特定に係る筆界について境界確定訴訟が提起されたときは、裁判所は、釈明処分として、登記官に対し、当該筆界特定に係る筆界特定手続記録の送付を嘱託することができるものとされており、登記官により特定された筆界については、境界確定訴訟においても重要な証拠資料となる。

解説 筆界特定は、既存の筆界を発見し、又は確認するというものであり、公の証明力は有するものの、行政処分としての効力は有しないため、境界確定訴訟のように法的に境界を確定する効力はなく、特定された筆界に不服を有する者等から、当該筆界について境界確定訴訟が提起されることがあり得る。

筆界特定がされた後、当該筆界特定に係る筆界について境界確定訴訟が提起されたときや、境界確定訴訟が提起された後、当該訴訟に係る境界（筆界）について筆界特定の申請がされ、判決が確定する前に筆界特定がされたときは、裁判所は、当該訴訟において、釈明処分として、登記官に対し、当該筆界特定に係る筆界特定手続記録の送付を嘱託することができる（不動産登記法147条）。民事訴訟法上、釈明処分としての文書送付嘱託はできない（民訴法151条1項）が、境界確定訴訟に限り、これに対する特則を設けたものである。なお、この釈明処分としての送付嘱託は、筆界特定の手続が係属中であるときにはできない。

また、筆界特定がされた場合において、当該筆界特定に係る筆界について境界確定訴訟の判決が確定した結果、両者の内容が同一であれば問題はない。しかし、仮に抵触するときは、判決と抵触する範囲において筆界特定の効力を失うものとされている（不動産登記法148条）。もともと、筆界特定には、事実上の効力しかないから、筆界特定が「効力を失う」というのは、境

界確定訴訟の判決の内容が筆界特定の内容に優先することを明らかにしたものである。

<参考文献>

○清水響「不動産登記法等の一部を改正する法律の概要」民事月報60巻5号9頁

第8章

国有財産の不法占拠をめぐる訴訟

第8章 国有財産の不法占拠をめぐる訴訟

第1 総説

問98 国有財産の不法占拠に対して国が採り得る法的措置にはどのようなものがあるか

答 国有財産の不法占拠に対する一般的な法的措置としては、不法占拠者に対する所有権ないし占有権に基づく明渡請求ないし損害賠償請求がある。この場合、これらの請求権保全のため保全処分（仮処分・仮差押え）を行うこともある。また、道路・河川等といった行政財産の不法占拠については、行政上の義務の履行確保のため、行政代執行、行政上の義務の履行を求める民事訴訟を行うことも考えられる。

解説

1 不法占拠の対象となる国有財産

不法占拠の対象となる国有財産は、不動産，すなわち，土地及びその定着物であり（民法86条1項），国有財産法によって規律されている。

この国有の不動産は，普通財産と行政財産に分類される（問2参照）。

国の財産は，常に良好の状態においてこれを管理し，その所有の目的に応じて，最も効率的に，これを運用しなければならないのであり（財政法9条2項），国有財産の不法占拠に対しても適切な法的措置が求められている。

2 普通財産たる国有の不動産の不法占拠に対する一般的措置

普通財産は，国有の私物であり，私有の不動産の不法占拠に対するのと同様の法的措置を採ることができ，通常は，普通財産の所有権又は占有権に基づく妨害排除請求・返還請求・妨害予防請求及び損害賠償請求（又は不当利得返還請求）が可能である。また，その保全措置として，占有移転禁止・処分禁止の仮処分や明渡断行の仮処分，さらに損害賠償権保全の

ための仮差押えなどの措置を採ることも考えられる。

この普通財産の不法占拠に対する取扱いについては、財務省理財局長通達である平成13年3月30日理財第1266号「不法占拠財産取扱要領」に定められている。

3 行政財産たる国有の不動産の不法占拠に対する一般的措置

行政財産は、国の行政目的に直接供用される財産であり、公用財産、公共用財産、皇室用財産、企業用財産に分かれる（問2参照）。

このうち、特に道路・河川等の公共用財産について、私所有権が認められるか否かについて学説上争いがあったが、現在の通説（私所有権説）は、私所有権を認める。したがって、公共用財産を含めて行政財産についても、その所有権又は占有権に基づく妨害排除請求等や損害賠償請求（又は不当利得返還請求）、保全処分ができると解する（公共用財産の不法占拠についての損害金請求につき問109参照）。

さらに、行政財産は、その管理者が、行政目的達成のために、不法占拠者に対して原状回復命令等を発することにより、同人が原状回復義務を負うことを根拠に、行政代執行（問115参照）や行政上の原状回復義務等の履行を求める民事訴訟の提起（問114参照）といった措置を講じることができる場合がある。

この行政財産の不法占拠に対する取扱いについては、個別の公物管理法令に基づくことになるが、個別の公物管理法令の適用外である法定外公共用物の不法占拠に対する取扱いについては、建設省事務次官から各都道府県知事あての通達である昭和42年3月4日建設省会発第153号「公共用財産の無断占使用等に対する措置について」に定められている。

<参考文献>

○訟務局編・提要673頁、寶金・新訂版里道315頁

第2 所有権に基づく明渡請求

問99 国有建物の不法占拠者に対して明渡訴訟を提起する場合、当該建物の占有者が次々と入れ替わり、相手方を特定することができないときにはどのような方法をとることができるか

答 占有者が次々と入れ替わる等により、相手方を特定することを困難とする特別の事情がある場合には、相手方を特定しないで占有移転禁止の仮処分を申し立てる方法がある。

解説

1 債務者を特定しないで発する占有移転禁止の仮処分命令

保全処分の申立ては、本来、相手方をその氏名をもって特定してする必要があるが、申立人が、不動産登記簿、表札の有無等の外観、居住者への質問の試みなどの通常の調査を行っても、不動産の占有者を特定するに足りる情報を取得できない場合や、占有者が次々と入れ替わる等により執行妨害が行われている場合など、申立人にとって現在の占有者を特定することが著しく困難な場合が少なくない。また、仮に申立て前の一時点における占有者を特定することが可能であったとしても、その者に対する保全処分を発して執行に至るまでに占有者が入れ替わっていると相手方が異なるため執行不能となってしまうこともしばしばあり、占有者が刻々と入れ替わると申立人は占有者を特定することがおおよそできず、事実上、保全処分の申立てができないという問題点が従来から指摘されていた。そこで、このような執行妨害への対策という観点から平成16年4月1日、「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」（平成15年法律第134号）が施行され、保全処分の相手方である占有者を特定することを困難とする特別の事情がある場合には、債務者を特定しないで保全命令を発することができる占有移転禁止の仮処分命令の規定（民事保全法25条の2）が新設された。

2 債務者を特定することを困難とする特別の事情

改正後の民事保全法は、不動産の占有移転禁止の仮処分命令について、不動産の占有者を特定することを困難とする特別の事情がある場合には、債務者を特定しないで仮処分命令を発することができると規定する（民事保全法25条の2）。ここでの「特別の事情」とは、申立人において、保全処分の相手方である不動産の占有者と人的関係を有しないためにその特定が困難であるというような一般的に存在する事情ではなく、不動産を外部から観察して表札の有無等を確認するとともに、居住者への質問を試みるなど、申立人において通常行うべき調査を行っても、占有者を特定するに足る情報を取得できない場合や、占有者が次々と入れ替わり相手方を特定することができない場合などであると解される。

3 執行時における相手方の特定

仮処分の申立ての際は債務者の特定を要しないが、占有移転禁止の仮処分命令の執行後においては、その仮処分命令の効力（民事保全法62条）や不服申立て（同法26条の保全異議等）等との関係で、債務者が定まっている必要がある。そのため、相手方を特定しないで発せられた保全処分の執行については制限があり、「不動産の占有を解く際に」占有者を特定できない場合には、仮処分命令の執行をすることができないこととされている（同法54条の2）。そして、占有者の特定がされて仮処分の執行がされたときは、当該執行により不動産の執行を解かれた者が、債務者として扱われることになる（同法25条の2第2項）。

<参考文献>

○谷口園恵・筒井健夫・改正担保・執行法の解説107頁

問100 固定資産評価額が定められていない土地の不法占拠者に対する明渡訴訟における訴訟の目的の価額の算定はどのようにするか

答 取引価格があるものは取引価格によるが、取引価格が明らかでない場合には、近隣の類似の地目における土地についての固定資産評価額の2分の

1が相当である。

解説

1 訴訟額の意義

訴訟の目的の価額（以下「訴訟額」ともいう。）は、訴えで主張する利益によって算定する（民訴法8条1項）。「訴訟の目的」とは、裁判所法33条1項1号のそれと同義であって、訴訟物のことである。「訴えで主張する利益」とは、原告が全部勝訴の判決を受けたとすれば、その判決によって直接受ける経済的利益である。このように訴訟額は訴えで主張する利益によって算定するが、訴訟額を算定する意味は、第一に事物管轄を定めることにあり、第二に手数料を定めることにある。

2 訴訟額算定の実務

訴訟額の意義は前述のとおりであるが、実際上はその算定が困難な場合もあり、裁判所によって取扱いが区々に分かれることは裁判制度を利用する国民の側からみると不公平にもなりかねないことから、最高裁判所事務総局が昭和31年12月12日付け民事甲第412号民事局長通知「訴訟物の価額の算定基準について」（金井繁二ほか・訴訟算定に関する書記官事務の研究（補訂版）7頁）をもって、訴訟額の算定に関する一般的基準を明らかにした。これが一般に「訴訟額通知」といわれているものである。なお、この通知は、最高裁判所の規則制定権に基づくものではなく、単なる行政上の通知にとどまるから、法的拘束力はない（最判（三小）昭47.12.26判時722号62頁）。

この訴訟額通知によると、所有権の目的たる物の価格は、地方税法349条の規定による固定資産税の課税標準となる価格のあるものについては、その価格とし、その他のものについては、取引価格とするとされている（同通知別紙）。

ところが、その後、最高裁判所事務総局は、平成6年3月28日付け最高裁民二第79号民事局長通知「土地を目的とする訴訟の訴訟物の価額の算定基準について」（裁判所時報1119号2頁、訟務通達集（II）575頁）をもって、

土地を目的とする訴訟について、平成6年4月1日から当分の間、訴額通知の定めにかかわらず、固定資産評価額に2分の1を乗じた金額を訴額算定基準とすることを明らかにした。これは、訴額通知が固定資産評価額を基準にした趣旨が土地の公的評価額の中では最も低く、実勢価格を上回ることはないであろうとの理由に基づくものであったのに、固定資産評価額が平成6年度の評価替えにより、平成5年1月1日現在の公示価格の7割程度をめどに改められたが、旧国土庁の発表によれば平成6年1月1日の公示価格が平成5年1月1日の公示価格と比較して3割以上下落している地点が少なからず生じており、このような土地については、評価替え後の固定資産評価額が公示価格又は実勢価格を上回ることが明らかとなったからである。

3 固定資産評価額が定められていない土地についての訴額

平成6年3月28日付け通知は、飽くまでも土地の固定資産評価額を算定の基準とする場合のものであり、固定資産評価額が定められていない土地については、同通知発出によって影響はなく、昭和31年12月12日付け通知により取引価格が訴額となる。

ここで問題となるのは、取引価格が認められない土地の訴額の算定基準であるが、前記平成6年3月28日付け通知が発出する前には、「土地については、近隣地の固定資産評価額を基礎に単位面積当たりの価額を算出し、それに目的たる土地の面積を乗じて算定する。なお、基地、公衆用道路、水路等については、近隣に同種地がない場合がある。これらについては、利用方法が制限されており、担保価値もほとんどないのが通常であることから、宅地と同価値とみるのは妥当でない。登録免許税の課税標準価額の認定に当たって、公衆用道路については近隣の宅地の価額の2分の1とされているのも、そのような理由からであろう。そこで、このような取扱いを参考にした上で、近隣の宅地の価額を基礎にして目的物の面積分の価額を算出した上、その2分の1の額をもって訴額とするのが妥当である。」といわれていた（金井繁二ほか・訴額算定に関する書記官事務の研究（補訂版）26頁）。

しかし、前記のとおり、平成6年3月28日付け通知により固定資産評価額があるものについて、実勢価格より上回ることがあり得るとの理由により固定資産評価額の2分の1を基準とするとされたことから、固定資産評価額のないものについて、従来どおり、近隣の同種地の2分の1のままで差し支えないかが問題となる。近隣の同種地の2分の1より少ない金額にすべきとの見解もあり得るが、かといって例えば3分の1にするとか、4分の1にすると根拠もなく、2分の1を基準とせざるを得ないであろう。

<参考文献>

○訟務局編・提要879頁

問101 国有財産法18条3項に基づく国の庁舎等の使用許可期間経過後の再度の使用許可を拒否した場合、損失補償が必要とされ、あるいは明渡請求が権利濫用とされることがあるか

答 使用期間の定めが短期であり、当該行政財産の使用の目的や性質に照らし著しく不相当である上、その使用許可の更新が繰り返されている場合には、期間経過後の再度の使用許可の拒否が実質的には使用許可の撤回であるとして損失補償が必要とされ、あるいは所有権に基づく当該行政財産の明渡請求が権利濫用とされることがあり得る。

解説

1 国有財産法18条3項に基づく使用許可の法的性質

昭和39年法律第130号による改正前の国有財産法18条は、「行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度において使用又は収益をさせる場合を除く外、これを貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、若しくは出資の目的とし、又はこれに私権を設定することができない」と規定していた。

このような規定では、行政財産の用途又は目的を妨げない限度においての使用収益は、行政処分である許可によるほか、私法上の契約によることも可能であると解釈される余地があった。そこで、行政財産の管理の適正

を図るため、これを明確に行政処分たる許可にすること等の目的をもって、昭和39年法律第130号によって、現行の条文（信託及び1項ただし書を除く。）のように改められた（建部編・国財法精解295頁）。すなわち、改正後の国有財産法18条は、1項において、行政財産は一切の私権の対象とならないことを、2項において、私権の設定の制限に違反する行為は無効であることを、3項において、行政財産について一切の私権の設定は禁止されるが、行政財産の本来の用途又は目的を妨げない限度において、使用又は収益をさせることは差し支えないものとし、かつ、それは行政処分たる許可によらなければならないことを各規定し、さらに5項において、許可による使用又は収益は、当然のことながら借地借家法の適用がないことを規定している。

したがって、改正後の国有財産法18条3項による行政財産の目的外使用許可の法的性質については、行政処分と解すべきであり（塩野宏・行政法Ⅲ〔第二版〕行政組織法312頁，比腰正史＝飯島健司編・行政財産の実務253頁，碓井光明「行政財産の目的外使用許可申請に対する拒否行為の行政処分性」自治研究71巻4号131頁，原龍之助・公物營造物法〔新版〕322頁，訟務局編・提要102頁），裁判例も処分性を肯定している（熊本地判昭51.3.29訟月22巻6号1497頁）。なお，青森地方裁判所平成4年7月28日判決（行集43巻6・7号991頁）は，申請を拒否した行為の処分性を否定しているが，この事案は，弘前大学正門付近にりんご石碑の建立寄附のため設置場所について回答申請をしたところ，整備計画上支障となるので同意できない旨回答したものであって，本来の国有財産法18条3項の許可申請といえるかどうか疑問がある上，処分性の有無を申請権とその応答義務だけから論じている点で相当とは考えられない（使用許可の行政処分性を肯定しつつ，その拒否行為の行政処分性を否定する見解をとるためには，もう少し根拠が必要と思われる。）。

次に，行政処分である使用許可が講学上の許可（法定の要件が備わった場合に使用させるか否かについて裁量の余地はない。）であるのか，それとも講学上の特許（使用させるか否かについて広範な裁量権が認められ

る。）であるのかについて検討する。行政財産は，国有財産法18条1項本文で原則として目的外使用が禁止されており，同条3項による使用許可はその例外であること，同項は，「その用途又は目的を妨げない限度において」と規定するのみで，使用を認める要件及びその申請手続については具体的に規定していないことなどから，使用を認めるか否かについては決定権者に広範な裁量権を認めているものと解することができる。したがって，使用許可は，講学上の特許と解すべきである（碓井・前掲132頁）。

2 短期の使用許可期間について

当該行政財産の使用の目的や性質に照らし，不当に短期の期限は，一般には，許可の条件の存続期間の性質をもち，その期限の到来により，その条件の改訂を考慮する趣旨と解すべきで，期限の到来によって当然に許可が失効するものと解するのは妥当でなく，その場合は，使用期間の定めがなかったものと認めるべきであるとする学説（原・前掲書325頁）や裁判例（最判（三小）昭49.2.5民集28巻1号1頁，判時736号41頁，判タ307号171頁，前掲熊本地判昭51.3.29など）がある。

この学説や裁判例において，「使用期間の定めがなかったものと認めるべきである」とする点については，国有財産法19条によって準用される同法21条によれば貸付期間の上限が定められている上，使用許可が許可権者に広範囲な裁量を与えており，許可の期限は通常短期のものと想定していること等の国有財産法の趣旨に適合しないのではないかと疑問がある。

しかしながら，短期の使用期間の定めが，当該行政財産の使用の目的や性質に照らし著しく不相当である上，その使用許可の更新が繰り返されている場合には，期間経過後の再度の使用許可の拒否が実質的には使用許可の撤回であるとして損失補償が必要とされたり（国有財産法19条，24条2項。なお，同項は，憲法29条3項の要求するところに従い，借受人に対し契約解除によって生じた損失につき補償を請求する権利を付与したものと解されている。建部編・国財法精解474頁），あるいは，所有権に基づく当該行政財産の明渡請求が権利濫用とされる可能性がないとはいえない。

<参考文献>

○建部編・国財法精解295頁、塩野宏・行政法Ⅲ〔第二版〕行政組織法312頁、比護正史＝飯島健司編・行政財産の実務253頁、碓井光明「行政財産の目的外使用許可申請に対する拒否行為の行政処分性」自治研究71巻4号131、132頁、原龍之助・公物營造物法〔新版〕322頁、訟務局編・提要102頁

問102 国家公務員が身分喪失後も引き続き国家公務員宿舎を占拠している場合に明渡しを求めることができるか

答 所有権に基づく明渡訴訟を提起できる。

解説

1 問題の所在

国家公務員は、国家公務員宿舎法に基づき宿舎を使用することができる。入居者は公務員の身分を喪失した場合は、宿舎を退去しなければならない（国家公務員宿舎法18条1項1号）。ところが、国の明渡請求に対し、入居者から、①国家公務員の宿舎については借地借家法の類推適用があり、また、公務員の身分喪失後も国家公務員宿舎の使用が認められる者があるから、明渡請求は、権利濫用である、②損害金として、明渡指定期日の翌日から明渡日までの期間に応ずる当該宿舎の使用料の額の3倍に相当する金額としている点は不当であるなどと主張される場合がある。このような主張が理由があるかが問題となる。

2 明渡請求

国家公務員宿舎法は、公務員の職務の能率的遂行の確保による国の事務等の円滑運営という公の目的に直接供用される公用財産（国有財産法3条2項1号、国家公務員宿舎法1条）であり、その利用関係は公法関係であって、借地借家法の類推適用の余地がないと解される。また、国家公務員宿舎法18条及び同法施行規則24条によれば、宿舎の貸与を受けた者が職員たる身分を喪失した場合には、原則として20日以内に宿舎を明け渡す義務を

第2 所有権に基づく明渡請求

負い、例外的に、相当な事由があり、しかも宿舎維持管理機関が承認した場合においてのみ、更に一定期間当該宿舎を使用することが許されるのである。この宿舎入居職員の身分喪失後の宿舎利用許可は、宿舎維持管理機関の自由裁量に属するものと考えられるので、国家公務員の身分喪失後、宿舎使用を容認されている者が他にいることをもって、直ちに当該明渡請求が権利濫用になるというものではない（横浜地判昭52.3.30判時873号78頁）。

3 損害賠償請求

国家公務員宿舎法は、不法占拠の場合の損害額について、明渡指定期日の翌日から明渡日までの期間に応ずる当該宿舎の使用料の額の3倍に相当する金額としている（同法18条3項、同法施行令16条）。一般には、損害額は家賃相当額とされているが、国家公務員宿舎法の宿舎の場合、もともと一般の借家よりも使用料が低く、宿舎の使用条件に関しあらかじめ損害賠償額を定め、法令の規定によってこれを明示しておくことは当事者間の法律関係を明確にし無用の紛争を避けることにもなり、妥当な措置であるというべきであるから、不当であるということにはならない（神戸地判昭43.5.24訟月14巻7号771頁）。

問103 二級河川の河川区域内の国有地に居宅を建築している不法占拠者に対する法的措置にはどのようなものがあるか

答 河川敷地所有者である国が採り得る法的な対応措置としては、①所有権に基づく明渡請求や損害賠償請求等、②同請求権保全のための保全処分、③本審判決に基づく強制執行が考えられる。また、河川管理者である都道府県知事が採り得る法的な対応措置としては、④行政代執行のほか、⑤行政上の義務の履行を求める民事訴訟が考えられる。

解説

1 法的な対応措置

二級河川の管理に関する事務は、平成12年4月1日に施行された地方分権一括整備法による改正後の河川法100条の3第1項1号により、都道府県の法定受託事務とされた。そして、二級河川の管理は、当該河川の存する都道府県を統轄する知事が行う（河川法10条1項）。しかし、二級河川の河川区域内の土地は公共用財産であり（国有財産法3条2項2号）、その所有権者は国である。そこで、二級河川区域内の国有地を不法占拠している者に対して所有権者である国が採り得る法的な対応措置としては、①所有権に基づく明渡請求や損害賠償請求等、②同請求権保全のための保全処分、③本案判決に基づく強制執行が考えられる。また、河川管理者である都道府県知事が採り得る法的措置としては、原状回復等を命じた上での④行政代執行、⑤行政上の義務の履行を求める民事訴訟が考えられる。

2 所有権に基づく明渡請求等

国は、所有権に基づく妨害排除請求権により、不法占拠者である相手方に対し、相手方の所有する建物等の取去及び公共用物である本件土地の明渡しを求める民事訴訟を提起することができる。また、本件土地が客観的、潜在的に有する私物としての価値が不法占拠によって侵害されているから、所有者である国に損失ないし損害があると観念できるので、一般の所有権侵害の事案と同様に、使用対価としての使用料相当額の損害金等を請求することもできると解する（問109及び問110参照）。

3 保全処分について

(1) 占有移転禁止の仮処分等

国は、所有権に基づく明渡請求訴訟等を提起する際には、明渡請求権を保全するための占有移転禁止の仮処分（執行官保管の仮処分）によって、当事者を恒定させ、本件土地の物的現状を保全する必要がある（民事保全法62条）。また、本件土地に相手方の所有する建物が存在するのであれば、当該建物の取去及びその敷地の明渡しの請求権を保全するため、当該建物について、処分禁止及び占有移転禁止の仮処分も必要となる（同法55条）。

(2) 明渡断行の仮処分

第2 所有権に基づく明渡請求

断行の仮処分とは、被保全権利が終局的に満足されたのと同じ効果の発生を目的とするいわゆる満足的仮処分であり、仮の地位を定める仮処分に属する。仮の地位を定める仮処分命令は、争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするときに発することができるものであるが（民事保全法23条2項）、断行の仮処分は、その執行により、本案訴訟の確定前に強制執行がされたのと同様な結果を生じ、債務者に甚大な不利益を与える可能性が大きいため、高度の保全の必要性を疎明する必要がある。具体的事案において、制度の目的に照らして、被保全権利の性質・内容、経緯、損害の内容・程度等を考慮して、必要性の有無が決められる（中川隆司・仮差押・仮処分（実務法律大系第8巻）265頁）。特に、損害の内容・程度については、債権者が受けている不利益と債務者が仮処分によって受ける不利益とを比較して、保全の必要性の有無を判断すべきであるとされている（東京地判昭44.2.20判時556号74頁，判タ235号235頁）。

4 行政代執行について

行政代執行を行うための要件（問115参照）は、①法令又は法令に基づく行政行為による義務の賦課が先行して存在していること、②賦課された義務が代替的作為義務であること、③義務の不履行があること、④他の手段によって義務の履行を確保することが困難であること、⑤義務の不履行を放置することが著しく公益に反すると認められることである（行政代執行法2条）。

本件土地は、河川法上の河川区域内にあるから、河川管理者である都道府県知事は、不法占拠者等に対し、原状回復等を命じることができる（河川法75条1項1号）し、当該原状回復義務は、代替的作為義務であるから、前記要件のうち①②③は問題ない。また、本件においては、前述したように所有権に基づく明渡請求等を求める民事訴訟の提起が可能である。しかし、民事上の救済手段については、その救済が与えられるか否か、いつそれが与えられるかは、裁判所の審理・判断にかかることであって、代執行の要件について判断する際に、そのような民事上の救済手段によって

目的を達し得るか否かを客観的に認定することが困難であるから、民事上の救済手段を代執行排除のための「他の手段」として考えることは不合理であり、前記要件④も肯定される。なお、過去の裁判例においては、「他の手段」の存在を理由として、代執行を行うことを違法としたものは見当たらないとされている（広岡隆・行政代執行法（新版）126頁）。

問題となるのは、前記要件⑤である。監督処分により義務を課することと当該義務を強制的に実現することは相手方私人の自由に対する侵害の点では別個の問題であるところ、行政代執行は賦課した義務を強制的に実現する制度であることから、一層、大きな自由への侵害となる。そこで法は、安易に行政代執行を行うことを制限するために、行政代執行を発動する要件として、義務を課す際に要求される公益上の必要よりも一層大きな公益上の必要性を求めているのである。

すなわち、およそ公法上の義務の不履行はすべて公益に反することになるが、殊に「著しく公益に反する」場合に限って、初めて行政代執行が許容されるのである。そして「著しく公益に反する」かどうかは、具体的事案に照らして、これを判断する行政庁の裁量に属することはいうまでもない。

過去の裁判例で、建築物の除却命令が履行されないままに放置され、そのため土地区画整理が所定の期限までに完了できなくなるおそれがあるときは、その不履行を放置することによって著しく公益に反する結果となるから、代執行をすることは違法でない旨を判示したものがある（山口地判昭29.6.19行集5巻6号1510頁、福岡高判昭33.10.30行集9巻12号2822頁、判時172号16頁）。

しかし、反対に、義務の不履行を放置することが「著しく公益に反する」とは認められないとして、代執行をすることが違法であるとした裁判例は見当たらない。義務の不履行を放置することが「著しく公益に反する」と認められるか否かの判断について、行政庁に裁量権があり、行政庁がその要件の充足を認定して代執行しようとするとき、裁判所が、その要件の充足を否認して代執行をすることが違法であるとするのは、實際上

容易でないことも影響しているのかもしれない。

ただし、この行政庁の裁量権は決して無制約なものではない。行政庁は、義務の不履行を放置することが著しく公益に反するか否かを、その義務を課する法令ないしその義務を課する行政処分を授権する法令の趣旨・目的に則した観点から、誠実に判断しなければならない。このような法令の趣旨・目的を離れた恣意的な観点から、代執行の実施を決定したときは、裁量権の濫用となる。したがって、行政庁は、具体的な義務違反の態様を考慮し、それを放置することが著しく公益に反するか否かについて、慎重に判断しなければならない。

要件⑤の該当性は、事案によって異なるが、相手方が長年にわたり本件土地を占有し、土砂等を投棄するなどしていたのに、これまでこれを放置していたのは、河川管理上の障害がそれほど大きくなかったためであるとも認められかねないことを踏まえ、河川区域の不法占拠工作物や投棄された土砂の状況等から、それらによって生ずる河川管理上の障害について具体的な判断が必要とされるであろう。

5 行政上の義務の履行を求める民事訴訟について

相手方が河川法75条1項1号による原状回復命令に従わない場合、都道府県が行政上の義務の履行を求める民事訴訟を提起することが可能か否かについては争いがある。従来は積極的に解すべきとしていたが、行政主体が専ら行政権の主体として私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することはできないとする最高裁判所平成14年7月9日第三小法廷判決（民集56巻6号1134頁）を踏まえて、個別の事案ごとに判断すべきである（問114参照）。

なお、適法に供用の開始がされた市道について、市は、道路管理者としての市道の管理権に基づき市道上の工作物の撤去請求ができるとした最高裁判所平成8年10月29日第三小法廷判決（民集50巻9号2506頁）がある。

<参考文献>

○訟務局編・提要385頁

問104 里道の通行権を根拠に、私人は、里道上のブロック塀設置者に対し、その撤去の請求ができるか

答 乙地所有者であるYが、里道の上にブロック塀を設置し、甲地所有者であるXの通行を妨害した場合、XはYに対しブロック塀の撤去を請求できる。

解説 従来の通説的見解によると、一般の交通の用に供されていた道路につき、一般住民が有する通行の利益は、行政当局において道路等を開設して一般住民の通行の用に供したことの反射的利益にすぎず、一般住民は、その妨害を排除ないし予防する固有の権利又は生活利益を有しないとされていた。

しかし、最高裁判所平成9年12月18日第一小法廷判決（民集51巻10号4241頁、判時1625号41頁、判タ959号153頁）は、「建築基準法42条1項5号の規定による道路位置指定を受け現実に開設されている道路を通行することについて日常生活上不可欠の利益を有する者は、右道路の通行をその敷地の所有者によって妨害され、又は妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が右通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情のない限り、敷地所有者に対して右妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有するものというべきである。」と判示した。本判決は、生活の本拠と外部との交通は重要な生活利益であり、通行者と道路敷地所有者の諸利益を比較考量の上、通行者が通行について日常生活上の不可欠の利益を有するが、上記の利益が現実に侵害されており、他方、上記被侵害利益を上回る道路所有者側の利益の侵害があるとは認められないようなときは、妨害予防・妨害排除請求権を人格権的な権利として認めるべきであると考えたものである。

本判決の基本的な考え方は、おおむね下級審実務でも定着している。

そこで、本件について検討すると、里道上にブロック塀が設置されたこと

第2 所有権に基づく明渡請求

により生じた通行妨害の具体的事情を総合判断して、Xの日常生活上不可欠な里道の使用が妨害され、XとYの諸利益を比較考量の上、Xの利益を上回るYの利益の侵害があると認められないときは、Xは、Yに対し人格権的な権利に基づき妨害排除を請求できると考えられる。

<参考文献>

○野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成9年度（下）1439頁、訟務局編・提要691頁、資金・新訂版里道330頁

問105 一般海域に無断で設置された棧橋又は浮棧橋の撤去を求める方法があるか

答 海の管理条例などによる除去義務を定めた法規があれば、一般海域に無断で設置された棧橋・浮棧橋の撤去について、行政代執行を行うことができる。

解説

1 海底の地盤ないし海浜地の所有権に基づく妨害排除請求の可否

海底の地盤に私的所有権が成立するか否かについては、学説上、行政解釈上の対立があり、判例も折衷説（私下海面や自然海没地については所有権成立の余地を認めるものの、その余の一般海域については所有権の成立を否定する説）に立つと考えられるため（問9参照）、海底の地盤に対する国の所有権を前提とした妨害排除請求は原則として許されないと解するのが相当であろう。

また、海浜地は所有権の対象となるのであるから、理論的には海浜地上の棧橋の収去を求め得ることになるが、同請求によって、海面上に設けられている浮棧橋の全部までの収去を行うことは、原則として困難である。

2 占有権の行使について

海や海浜地のように、自然のままで一般公衆の自由使用に供されているものについては、たとえ多少の管理行為が行われていても排他的支配とは

認められず、国ないし地方公共団体が一定の海域を他と区切るなどして、事実上、排他的に管理していない限り、国ないし地方公共団体の占有権も否定されると考えられる。

3 行政代執行の可否について

行政代執行の要件は、①法令又は法令に基づく行政行為による義務の賦課が先行して存在していること、②賦課された義務が代替的作為義務であること、③義務の不履行があること、④他の手段によって義務の履行を確保することが困難であること、⑤義務の不履行を放置することが著しく公益に反すると認められることである（行政代執行法2条）（問115参照）。これらの要件が満たされれば、行政代執行は可能である。

なお、①の要件については、旧自治省見解によれば、義務の根拠法規としての条例は、法律の委任によるものだけではなく、地方自治法14条による権力的・規制的事務に関する条例を含むと解されるから、海管理条例を制定して除却命令等の義務違反規定が置かれれば、これを満たすことになる。この管理条例を定めていない地方公共団体が、公共団体ノ管理スル公共用土地物件ノ使用ニ関スル法律（問116参照）に基づき妨害排除を求めることができるか否かについては、同法が規定する「其ノ他公共ノ用ニ供スル土地物件」に海底の地盤が当たるかどうかによるが、海面下の地盤にまで同法の適用を拡張することは困難であろう。

<参考文献>

○訟務局編・提要721頁、資金・新訂版里道340頁

問106 隣接地と境界紛争のある海浜地の不法占拠者に対する明渡請求の方法

答 隣接地と境界紛争がある国有地（海浜地）の不法占拠者に対する明渡しを求める場合には、①国主張の境界線につき一応の立証が可能であれば海浜地を特定した上で明渡訴訟を提起し、②その立証が困難であれば争いの部分につき隣地所有者との間で所有権の範囲を確定した上で明渡訴訟を提

起するほかない。

解説

1 海浜地の管理と所有について

従来、海岸保全区域以外の国有海浜地は、法定外公共用物とされてきたところであるが、海岸法の一部を改正する法律（平成11年5月28日法律第54号）により改正された海岸法は、新たに「公共海岸」及び「一般公共海岸区域」という概念を設け、公共海岸を海岸保全区域と一般公共海岸区域に分類した。そして、海岸保全区域以外の公共海岸は一般公共海岸区域となったことから、国有海浜地はすべて法定公共用物となった（海岸法2条2項）。

海岸保全区域については、都道府県知事が管理を行うこととされ（同法5条1項）、この管理は法定受託事務とされている（同法40条の4）。また、一般公共海岸区域は、当該一般公共海岸区域の存する地域を統括する都道府県知事が管理を行うこととされ（同法37条の3）、この管理は海岸法40条の4で法定受託事務との位置付けがされなかったことから、自治事務として行われている。（ただし、両事務とも法文上は「知事」とあるが、管理の主体は都道府県であることに注意を要する。）

なお、同法40条の3の規定により、国の所有する公共海岸（海岸保全区域及び一般公共海岸区域）の土地は、海岸管理者の属する地方公共団体に無償で貸し付けられたものとみなされている。

2 国主張の境界線の立証が困難な場合

国主張の境界線につき一応の立証が可能か否かを検討した結果、その立証が困難な場合には隣地所有者との間で境界確定協議又は境界確定の訴えによって境界の確定を行うのが先決であり、その上で不法占拠者に対し明渡訴訟を提起するほかない。

3 国主張の境界線の立証が可能な場合

これに対し、国主張の境界線の立証が可能な場合には、国が主張する境界線で海浜地を特定した上で、不法占拠者に対する明渡訴訟だけを提起す

方法により事案の解決を図るべきであろう。

この場合、隣地所有者に対する所有権確認訴訟を併せて提起することも考えられるが、隣地所有者との係争は不法占拠者に対する明渡訴訟とは直接関係のない問題であり、また隣地所有者が、どの程度真剣にその所有権の範囲を争うものであるのかが定かではなく、国の方から隣地所有者を訴訟に引き込む方法をあえて採る必要性はないものと解される。よって、国は、原則として、不法占拠者である相手方に対する明渡訴訟を進める中で隣地所有者の対応を静観し、隣地所有者が本件明渡訴訟への独立当事者参加などの行為をとった場合には、その時点で隣地所有者に対する対策を検討すべきであろう。

なお、明渡訴訟を提起するに当たっては、不法占有の主体、範囲及び態様の特定についても調査を尽くすとともに、確実な強制執行に向けて当事者の恒定のために、占有移転禁止の仮処分や処分禁止の仮処分の申立てについても検討すべきであろう。

<参考文献>

○訟務局編・提要729頁

問107 国有林を自己のものと主張して、地上の立木を伐採収去した者への対応はどのようにしたらよいか

答 立木の伐採についての損害賠償又は不当利得返還請求を行うとともに、土地の所有権の範囲について相手方が争っているときは、所有権確認訴訟を提起すべきである。また、当該国有林が保安林に指定されていた場合には、都道府県知事が造林に必要な行為をすべき旨を命じた上、相手方が命じられた行為をしないとき（森林法38条）は、行政代執行ができる場合もある。

解説

1 国有林は、広大な面積を占めると同時に我が国の急峻な地形で多雨とい

う自然条件の下で国民生活と深く結びついており、歴史的にも国土の保全という観点から様々な取締り、制度が設けられたという経緯がある。

国家の企業用財産（行政財産）である国有林は、古くから地元住民が造林していたものを明治初年の土地官民有区分で官林に囲い込まれたこともあって、国有林野の経営と地元住民の利用調整がされている（国有林野の管理経営に関する法律11条、18条等）。

2 ところで、国有林については、これら利用者や隣接地所有者により立木を伐採し国有林を侵害する事案も見受けられる。しかも、国有林野の管理経営に関する法律は、国有林について国以外の者（地元住民等）に造林を認め（分収造林・同法9条以下参照）、また、住民の利用調整を図り一定の用途に共同して使用することを認めている（共用林野・同法18条以下参照）こともあって、しばしば、国有林を自己の物と主張し、地上の立木を伐採収去する事例が見られる。

3 このような場合について、国ができる民法上の請求としては、立木の伐採についての損害賠償又は不当利得返還請求がある。さらに、土地の所有権の範囲について相手方が争っているときは、所有権確認訴訟を提起すべきであろう。

さらに、国有林は国土の保全あるいは社会生活の安寧を確保する保安施設として把握され、土砂の崩壊その他災害の防止、水源のかん養、沿岸漁業の保護、公衆の保健休養等特定の公共目的を達成するため必要があるときは、農林水産大臣によって保安林に指定されることがある。

保安林に指定された国有林については、森林法により無権原で立木を伐採した者等に対して、都道府県知事が必要な監督処分（命令）をすることができる（森林法38条）。そして、これらの命令のうち中止命令を除く他の作為（造林に必要な行為）の命令が遵守されない場合には、都道府県知事は、行政代執行法に基づき代執行を行うことができるものとされている。

<参考文献>

○訟務局編・提要753頁、日出英輔・森林法133頁

問108 一級河川と一般国道の兼用工作物である堤防法面（本件土地）の不法占拠者に対して土地明渡訴訟を提起中に、同人が係争地に雑木を植樹した場合の対応方法

答 雑木の収去を求める訴えの提起あるいは請求の趣旨の追加的変更の必要はない。雑木の撤去命令を出し、相手がこれに応じなければ代執行できる場合がある。

解説

1 一級河川及び一般国道とその兼用工作物について

一級河川とは、国土保全上又は国民経済上特に重要な水系で政令で指定したものに係る河川で国土交通大臣が指定したものをいい（河川法4条）、その管理は、国土交通大臣が行っている（同法9条）。一方、一般国道とは、高速自動車国道とあわせて全国的な幹線道路網を構成し、かつ、道路法5条1項各号いずれかの要件を備えた道路をいう（道路法5条）。国が自ら管理を行う区間（指定区間）内国道にあっては、その維持、修繕、災害復旧事業その他の管理は、国土交通大臣が行い、その他の区間については、都道府県又は指定市が行っている（同法13条、同施行令1条の2）。

兼用工作物とは、河川管理施設（あるいは道路）と河川管理施設（あるいは道路）以外の施設又は工作物とが相互に効用を兼ねている場合の当該施設又は工作物である（河川法17条、道路法20条）。例えば、堤防又は水門と道路とが相互に効用を兼ねる場合の当該施設又は工作物の全体を指す。すなわち、兼用工作物は、一体として不可分であって、一面においてはそのすべてが河川管理施設（あるいは道路）であり、他の一面においてはそのすべてが河川管理施設（あるいは道路）以外の施設又は工作物である。ただし、堤防と道路が交差している場合には、当該交差の部分のみが兼用工作物となるのであって、当該堤防と道路とが、全部兼用工作物となるものではない。

第2 所有権に基づく明渡請求

2 収去請求等の提起について

判例・通説は、権原のない者が他人の土地に植栽した樹木又はその苗木は、民法242条本文の規定に従い、土地に附合し、土地所有者がその所有権を取得し、したがって植栽者は民法上その収去義務を負わないと解している（最判（三小）昭46.11.16判時654号56頁）。ただし、雑木の植栽が堤防や道路の効用を害し、不法行為と評価し得るような特段の事情があるときには、所有権の帰属にかかわりなく、植栽者に対し、妨害排除請求を認める考え方もあり得る（東京高判平8.3.18判タ978号38頁）。

そうすると、本件土地所有権が国にあると認められるならば、本件土地上に植樹された雑木は、本件土地に附合し、国の所有に属することとなり、特段の事情がない限り、植樹した本人である被告も収去義務を負わないのであるから、所有権に基づき本件雑木の収去を求める訴えの提起あるいは本件訴訟における請求の趣旨の追加的変更はできない。

3 撤去命令発出の可否

次に、本件堤防法面（本件土地）は、道路法及び河川法の適用を受ける兼用工作物であり、これに許可なく雑木を植樹すれば、附合の有無にかかわらず、道路法32条1項7号、43条2号、河川法24条、26条などの規定に違反する。道路法43条の各号に定める禁止行為は、一般交通の用に供される公共の施設である道路の効用を確保する上で障害となる事由は何かという観点から禁止行為を定めたものであり、その違反によって生じた被害を救済するためには私法上の財産権保護の範囲を超えて法的に強く保護しなければならないとの要請に基づくものであるから、民事上の手続による財産権保護を目的とする救済と道路法上の手続による救済とが、同質、同程度のものではないことは、道路法自身が予定しているところであり（道路法令研究会編著・道路法解説280頁）、この理は河川法についても同様に当てはまる。広岡隆・行政代執行法（新版）87頁は、道路法43条違反の一例として「道路の法面の埋立て」を挙げているが、この場合、民法的にみれば単に埋立部分が土地の構成部分として国の所有となる場合であっても、道路法上は、行政代執行手続を含む強い手段による埋立て部分の排除を定め

ているのである。したがって、本件における植栽された雑木のように附合した物件についても、道路管理者はその違反者に対し、道路法71条に基づく監督処分として、あるいは河川管理者は河川法75条に基づく監督処分として、除去若しくは原状回復を命じることができ、受命者がこれに応じない場合には代執行できる場合がある。

<参考文献>

○訟務局編・提要712頁，広岡隆・行政代執行法〔新版〕87頁，道路法令研究会編著・道路法解説280頁

問109 道路の不法占用物件の所有者に対して，道路敷地所有者である国は，損害又は損失を受けたとして損害賠償又は不当利得返還を求めることができるか

答 損害賠償又は不当利得返還を求めることができる。

解説

1 問題の所在

道路のような公共用財産については，私所有権説（通説）の立場に立つて所有権を観念できるとしても，専ら公共の用に供されることが予定され，国において独自かつ排他的に使用することが想定されていないため，これが不法占拠されたとしても，損害ないし損失を観念できないのではない，また，所有者たる国以外の都道府県等が道路管理を行っている場合，当該損害又は損失は所有者と管理者のいずれに生じるのかなどが問題とされてきた。

2 損害又は損失を観念できるか

従来，公共用物は専ら公共の用に供されるものであり，供用開始によりその使用収益権は失われているから，財産上の損害又は損失はおよそ生じないとする消極説もあったが，今日では，公共用物についても財産上の損害又は損失を観念し得るとの積極説によることでほぼ異論はなく（大野重

國「自動販売機による公道の不法占拠と不当利得—いわゆるはみ出し自動販売機住民訴訟第一審判決」平成7年行政関係判例解説139頁），積極説を採ることを前提とした上，さらにその損害又は損失をいかにとらえるかという点が問題となっている。

3 損害又は損失のとらえ方についての学説

公共用物についての損害又は損失のとらえ方については，従来，大きく分けて次の二説が唱えられていた。

① 公共用物が客観的，潜在的に有する私物としての価値（以下「私物としての価値」という。）の侵害を損害又は損失とみる見解

不法占拠によって侵害されているのは，私物としての価値であるので，一般の所有権侵害の事案と同様に，所有者に損害又は損失が生じ，使用対価としての使用料相当損害金を請求できるとの見解である。

② 占用料徴収権の喪失を損害又は損失とみる見解

道路に一定の工作物等を設け，継続して道路を使用しようとする場合においては，道路管理者の占用の許可を受けなければならない（道路法32条1項）ところ，この場合，道路管理者は，道路管理権に基づいて道路の占用につき占用料を徴収することができ（同法39条1項），当該占用料は，道路管理者の収入とされる（同法施行令19条の4第1項）ことから，道路が不法占拠されることによって，道路管理者が有する上記の占用料徴収権が喪失したとして，道路管理者に損害又は損失が生じるとする見解である。

なお，この占用料の性質については争いがあり，河川という公共用物を利用することにより占用者が受ける利益を対価として徴収するものであるとの見解（対価説）と，占用は，公共の費用によって賄われる河川を排他独占的に使用することにより，管理費用を増加させるものであるから，その費用の一部を徴収して負担の公平を図るものであるとの見解（報償説）に分かれている（建設省河川法研究会編・河川法逐条解説308頁，道路法令研究会編・道路法解説267頁）。

4 検討

しかし、上記二説は両立しないものではない。すなわち、道路の不法占拠が行われた場合、道路敷地所有者からすると私物としての価値が侵害されていることになり、道路管理者からすると占用料徴収権が侵害されていることになるものと考えられる。

この点、最高裁判所平成16年4月23日第二小法廷判決（民集58巻4号892頁，判時1857号47頁，判タ1150号112頁）は、権原に基づかない道路（都道であり、敷地所有者は国である。）の占有につき、道路管理者である東京都が、占有者に対して占用料相当額の損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を取得するかが争われた事案について、「道路管理者は道路の占有につき占用料を徴収して収入とすることができるのであるから、道路が権原なく占有された場合には、道路管理者は、占有者に対し、占用料相当額の損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を取得するものというべきである」と判示した。

上記判決は、道路が不法占拠された場合、道路管理者である東京都は占用料徴収権の喪失という損害又は損失を受けるととらえ、その損害又は損失の額についても占用料相当額としたものである。同判決が上記②の見解を採用したことは明らかであるが、①の見解を否定したものとはとはいえないであろう。上記判決のような事案においても、道路管理者が占用料徴収権を失ったにとどまらず、道路敷地所有者である国も私物としての価値の侵害を受けていることもあり得るのであり、その点につき同判決は何ら判断を示していないからである。

5 結論

以上により、公共用財産たる道路であっても、それが不法占拠されれば、道路敷地所有者である国において損害又は損失が生じたとみることが可能であり、損害賠償請求又は不当利得返還請求ができると解する。

<参考文献>

○訟務局編・提要673頁，775頁，789頁

第2 所有権に基づく明渡請求

問110 河川敷に無断で建物を建築している者に対して、河川敷地所有者である国が損害賠償を求める場合の金額はどのように算定されるか

答 河川敷を宅地として利用している場合、理論上、請求額は占用料相当額にとどまるものではないが、一律に宅地賃料相当額であるとするのも相当でなく、当該土地の法的及び地理的・地形的状況に応じて個別に検討すべきである。なお、ほかに河川管理者がいる場合には注意を要する。

解説

1 問題の所在

河川敷も公共用財産であり、前問の道路敷と異なるところはなく、不法占拠された場合に、客観的、潜在的に有する私物としての価値が侵害されているとみることができる。このことから、損害又は損失があると考えられ、損害賠償請求又は不当利得返還請求ができると解する。しかし、そうであるとしても、公共用財産としての特殊性から直ちに賃料相当額の損害又は損失があるともみることができるか否かについては疑問があり、その請求額をどのように算定するかが問題となる。

2 請求額について

これについては、①占用料相当額説（占用料を基準として定めるべきであるとする見解）、②公用財産貸付料相当額説（公用財産についての貸付料を基準として定めるべきであるとする見解）、③宅地賃料相当額説（近隣の宅地賃料を基準として定めるべきであるとする見解）などが考えられる。

占用料相当額説については、占用料の性格を管理費用の一部負担と考える報償説の立場からすると、占用料は、不法行為又は不当利得の損害又は損失とは法的性格が異なり、その算定の基準にはなり得ないのではないかという疑問が生じる。もっとも、実際の占用料の額の決定に当たっては、消費者物価指数等を取り入れて改訂されるなど対価説的な考え方が取り入

れられており、このことに加えて、不法占有者が適法に占用許可を受けた場合には、占用料を支払う必要があることに照らすと、不法占有者は少なくとも同額の利益を得ていると観念することができる。したがって、占用料相当額は、損害又は損失算定の一応の基準となり得るものと考えられるが、それは、最小限度の基準であり、理論的には、所有者の損害又は損失はそれにとどまるものではない。この点につき、東京高等裁判所平成15年4月22日判決（判時1824号3頁）は、町の所有に属する並木敷（町道）について、町民が住民訴訟により町に代位して並木敷所有権に基づき、道路法に基づく占用許可の期間が経過した後も並木敷を占有し続ける者に対し、使用損害金等の支払を求めた事案につき、「公有土地の不法占有による損害金の額は、その土地の資本価値に見合う金額、すなわち適正な地代額であり、「土地の占用料は、このような資本価値に見合う金額ではないから、これによって賠償金を算定すると、土地の使用価値は毀損されることになる」と判示し、所有権侵害によって町が取得する損害賠償金の額は、土地の占用料相当額に限られないと判示している。

次に公用財産貸付料相当額説については、公共用財産を公用財産と同視し、公用財産の貸付料を基準とすることについての理論上の根拠が希薄である上、公用財産の貸付料は全国的に統一された基準に基づくものであるが、公共用財産の占用料を全国的に統一された基準に基づくものとするところが実情にそぐわないことから都道府県知事の運用にゆだねられたことなどを考慮すると、不法占拠の場合の損害（損失）の基準としては、全国的に統一された基準よりも、逆に、各都道府県の実情に応じて算出された占用料を基準とした方がより合理的であるとすらいえることから、公用財産貸付料を基準とすることは困難であると考えられる。

さらに宅地賃料相当額説については、同じく宅地として不法占拠されている河川敷といっても、通常の民有地と地理的にもほとんど変わらないものから、明らかに宅地としては不適当な場所まであり、これらの区別をせずに一律に、「公用廃止を行った上で宅地として利用できる可能性」を前提とする損害又は損失を観念するということは、もはや、不法行為制度又

は不当利得制度において、損害又は損失を要件から除くのに等しいと批判されよう。

このように検討すると、結局、客観的、潜在的な私物としての財産的価値が侵害されたという場合も、それは、当該土地を利用してその内容たる利益を享受し得る可能性を潜在的価値とみるのであるから、その内容たる利益を享受し得る可能性は、当該土地の法的及び地理的・地形的制約を受けたものと考えざるを得ない。同じく河川敷地といっても、現時点で既に公用廃止が可能で、民有宅地とほぼ同視できる土地から、将来においても公用廃止がされる可能性が全くない土地まで様々あり、これらの土地の法的及び地理的・地形的制約に応じて、所有者たる国が当該土地を利用してその内容たる利益を享受し得る可能性もおのずと差があると認められる。とすれば、国の所有権者としての損害又は損失も、一律に、普通財産の貸付料相当額の損害（損失）があるとか、占用料相当の損害（損失）であるということとはできず、当該土地の法的及び地理的・地形的状況に応じて、個別に検討することになる。

3 損害金等を請求することの妥当性

以上のとおり理論上占用料相当額ないし宅地賃料相当額の損害金等を請求することができると解されても、実際に損害金等を請求すべきかどうかについては、更に検討する必要がある。

損害金等を請求するメリットとしては、①不法占拠者に対し、不法占拠期間に応じた損害金等を徴収することとなるため、公平な処理ができること、②無用な訴訟の引き延ばしを防止できること、③不法占拠に対する規制強化となることなどが挙げられる。

しかしながら、①このような損害金等を請求することにより、訴訟上の争点を増加させ、訴訟がかえって引き延ばされるおそれがある。また、②不法占拠された土地の損失ないし損害の額については、占用料相当額以上の損害については、不動産鑑定士による鑑定等を行った上で決すべきことになるが、その場合、前記のような法的及び地理的・地形的制約の評価については必ずしも明確な鑑定評価基準があるわけではない。近隣宅地賃料

を基準とするのか、市街化調整区域などの法的規制のある土地の賃料を基準とするのかなどといった具体的な鑑定評価の問題がある上、だれが鑑定費用を負担するのかという問題もあることなど慎重に検討すべき点もある。結局、訴訟上損害金等を請求することについては、当該不法占拠事件における占拠に至る経緯、範囲、利用状況等の諸事情を個別具体的に検討する必要がある。

そのため、仮に損害金等の請求をする場合にも、占用料であれば、鑑定評価しなくても、各都道府県の基準により算出が可能であることから、占用料相当額を損害金等の一部として請求するのが現実的であることが多いと思われる。

なお、国以外の都道府県等が河川管理を行っている場合、当該河川管理者は、河川敷地の不法占拠により占用料徴収権を喪失するという損害又は損失を受け、不法占拠者に対し占用料相当額の損害賠償請求又は不当利得返還請求が可能であると解される（最高裁平成16年4月23日第二小法廷判決・民集58巻4号892頁参照）。この場合にも、上記占用料相当額とは別に、国が損害又は損失を受けることはあり得ると考えられるものの（問109参照）、その額の算定に当たっては、上記事情を踏まえた上で河川管理者と調整し、特に慎重な判断を行う必要があると解される。

<参考文献>

○訟務局編・提要789頁

問111 工作物収去・土地明渡訴訟の訴訟代理人のいない被告に対する
訴状及び期日呼出状の不送達が続く場合の対応方法にはどのようなものがあるか

答 被告人の居所又は就業場所が確認できる場合には、速達扱いの特別送達による早朝・夜間の送達や執行官送達、出会送達を検討し、いずれによ
る方法も採り得ない場合には付郵便送達を裁判所書記官に上申する。被告人
の居所等が確認できない場合は、公示送達の申立てをする。

解説

1 問題の所在

訴状は、被告に送達されなければならない（民訴法138条1項）。一方、
口頭弁論期日の呼出しは、呼出状の送達、当該事件について出頭した者に
対する期日の告知その他相当と認める方法によってする（民訴法94条1
項）。訴状送達と口頭弁論の呼出しとは異なる訴訟手続であるが、実務上、
訴状と第1回口頭弁論期日の呼出状は、同時に送達されている。

ところで、訴状の送達を欠いたまま進められた訴訟手続は不適法で、そ
の手続に基づいてされた判決は上訴又は再審で取り消される。したがっ
て、送達ができない場合は、訴訟手続を進めることができない。

2 送達

(1) 送達機関等

送達は、訴訟の開始・進行・終了に関係するので、その迅速・明確を
期する必要があるため、原則として職権で行われる（民訴法98条1項）。
送達に関する事務の取扱者は裁判所書記官（以下「書記官」という。）
であり（同条2項）、現実に送達を実施する機関は原則として執行官又
は郵便業務に従事する者である（民訴法99条）。

(2) 送達方法

ア 交付送達（民訴法101条）

送達の方法としては、送達場所において被告人へ書類を交付して
する交付送達が原則である（民訴法101条）。法廷において書記官から
書類を手渡されるのがその代表例であるが、特殊な交付送達の方法と
して次のような方法がある。

① 出会送達（民訴法105条）

受送達者と出会った場所で書類を交付して行う方法

② 補充送達（民訴法106条1項、2項）

受送達者と一定の関係にある者に対して書類を交付して行う方法

③ 差置送達（民訴法106条3項）

受送達者又は補充送達受領資格者が正当な理由なく書類の受領を

拒否した場合に書類を送達場所に差し置いてする方法

イ 書留郵便に付する送達（民訴法107条）

交付送達ができないときには、書記官が書類を受送達者の就業場所以外の送達場所にあてて、書留郵便によって発送して送達を行うことができる場合がある。これを書留郵便に付する送達（付郵便送達）という（民訴法107条）。

ウ 公示送達（民訴法110条以下）

送達場所の不明等によって受送達者に書類を交付できない場合、書記官が書類を保管しておき、いつでも受送達者に交付する旨を裁判所掲示場に掲示することによって送達を完了させることができ、これを公示送達という（民訴法110条以下）。

3 不送達の理由

裁判所の送達実務においては、大部分が郵便による送達、すなわち特別送達（郵便法66条）によっており、郵便業務従事者が送達実施機関となっている。郵便で送達ができない場合には、送達報告書に「不在」「転居先不明」等の理由が記載されている。「不在」とは、あて所が受送達者の住所等であることを前提として送達実施時に受送達者又はその者の補充送達受領資格者が不在であるものをいう。

4 「不在」の場合に採りうる方法

送達報告書に「不在」と記載されている場合について検討する。被告本人の居所又は就業場所が判明していれば、被告本人がその居所等に現在するのはどの時間帯が多いのか等を、本人の親族・近隣者から聴取したり、当該場所での張込み等によって調査してみる必要がある。本人が当該居所で生活していること、又は就業場所に現在する時間帯を押さえた上で、①夜間・早朝の方が本人に出会える確率が高いと思われるなら、速達（郵便法60条）による特別送達を試みる方法、②本人が現在する時間・場所をとらえて、執行官送達（執行官法1条1号、民訴法99条1項）、出会送達（民訴法105条）を試みる方法が考えられる（これらの送達方法の詳細については、書記官実務研究報告書・民事訴訟関係書類の送達実務の研究〔改

訂〕358頁以下参照）。また、被告が事業を営んでいる場合には、その事業の従業員に対する補充送達（民訴法106条1項、2項）も検討する。③補充送達及び差置送達の方法によってもなお送達できないとき、書記官に対し、書留郵便に付する送達（民訴法107条）の方法を採ってもらうよう、上申する必要がある。

5 「転居先不明」の場合に採りうる方法

送達報告書に「転居先不明」と記載されている場合は、調査しても被告本人の転居先及び就業場所が判明しなければ、公示送達の申立てをする。

問112 国有地の占有権原がないのに、無断で建物を建築し不法占拠している者がいるが、当該建物の登記名義人と実質的所有者が一致しない場合、だれを相手に明渡しを求めることになるか

答 原則として、当該建物の登記名義人に対し建物収去・土地明渡しを求めることになる。

解説

1 問題の所在

自らの意思に基づき所有権取得の登記を経由した建物所有者が建物を譲渡した後もなお所有名義を保有している場合に、その敷地の所有者が所有権に基づき当該建物の収去による土地の明渡しを請求するについて、その相手方をだれにすべきか、すなわち登記に従って登記名義人を相手方とすることができるのか、それとも実質的所有者を相手方とすることを要するのかが問題となる。

2 学説

学説においては、請求の相手方（明渡義務者）いかなの結論の違いにより、実質的所有者責任説と登記名義人責任説とに大別することができる。

(1) 実質的所有者責任説（舟橋諄一・物権法198頁ほか）

建物収去・土地明渡請求においては、登記名義のいかんを問わず建物

の実質的所有者をその相手方にすべきであり、建物を譲渡した者はその所有名義を保有していても請求の相手方にはなり得ないとする考え方である。

(2) 登記名義人責任説（我妻＝有泉・新訂物権法172頁ほか）

建物収去・土地明渡請求の相手方として、土地所有者は、建物の譲受人を相手方にすることができるが、譲受人を相手方とせず登記名義人である譲渡人をその相手方にしても、相手方にされた譲渡人は、建物の所有権の喪失による土地の占有の喪失を理由に責任を免れないとする考え方である。

3 裁判例

かつては、未登記の建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡後、その意思に基づかずに譲渡人名義に所有権取得の登記がされた事案において、譲渡人に対する建物収去・土地明渡請求を認めなかった判決（最判昭35.6.17民集14巻8号1396頁）や実質的に夫の所有である建物を妻名義で保存登記していた事案において、登記名義人である妻に対する建物収去・土地明渡請求を認めなかった判決（最判昭47.12.7民集26巻10号1829頁）が出され、判例は、実質的所有者責任説の立場に立っていると理解されてきた。

ところが、最高裁判所平成6年2月8日第三小法廷判決（民集48巻2号373頁、法学セミナー495号47頁、ジュリスト臨時増刊1068号68頁）は、所有権取得の登記を経由した建物所有者が、建物を譲渡した後もなお登記名義を保有している事案において、その敷地の所有者が所有権に基づき、登記名義人に対して当該建物の収去による土地の明渡しを請求した場合、「他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとえ建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできないものと解するのが相当である。けだし、建物は土地を離れては存立し得ず、建物の所有は必然的に土地の占有を伴うものであるから土地所有

第2 所有権に基づく明渡請求

者としては、地上建物の所有権の帰属につき重大な利害関係を有するのであって、土地所有者が建物譲渡人に対して所有権に基づき建物収去・土地明渡しを請求する場合の両者の関係は、土地所有者が地上建物の譲渡による所有権の喪失を否定してその帰属を争う点で、あたかも建物についての物権変動における対抗関係にも似た関係というべく、建物所有者は、自らの意思に基づいて自己所有の登記を経由し、これを保有する以上、右土地所有者との関係においては、建物所有権の喪失を主張できないというべきである。」と判示した。この判決によって、土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するについては、現実に建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者を相手方とすべきという原則を維持しつつも、地上建物を譲渡しながらその所有権取得の登記名義が譲渡人名義のまま残っている場合において、登記が名義上の建物所有者の意思に基づいて経由された場合には、登記名義人である譲渡人は、建物の譲渡による所有権の喪失を主張して責任を免れることはできないとして、実質的に登記名義人責任説と同様の結論が採用された。

4 検討

前記平成6年判決は、地上建物が譲渡されながらその所有名義が譲渡人のまま残っている場合に、登記名義人を建物収去・土地明渡請求の相手方（明渡義務者）とすることができる場合があることを初めて明らかにしたものである。かつての判例・通説（実質的所有者責任説）は、土地所有者は登記を信頼できず、常に建物の実質上の所有者を探求することを強いられるばかりか、建物所有権移転を主張して明渡請求を困難にする口実を相手方に与えてしまうなどといった不都合があると批判されていた。この点、本判決は、公示の原則を尊重し、土地所有者からの責任追及の相手方を明確にする利益を重視して、民法177条の原則を類推し、いわゆる登記名義人責任説に近い立場を採用したものである。今後は、土地所有者において、建物収去・土地明渡しを求める訴えを提起するに当たり、被告の確定に困難を来さなくなったことから本判決の意義は大きいといえる。

第8章 国有財産の不法占拠をめぐる訴訟

以上のとおり、国有地の占有権原なく、無断で建物を建築し不法占拠している者がいる場合において、当該建物の登記名義人と実質的所有者が一致しないときには、登記名義人を相手方として建物収去・土地明渡しを求めることになる。ただし、登記名義人がかつて所有権を有しておらず、登記が同人の意思に基づいてされたものでないときは、登記名義人を相手方とすることはできない。

<参考文献>

○西謙二・最高裁判所判例解説民事篇平成6年度163頁

第3 占有権に基づく明渡請求等

第3 占有権に基づく明渡請求等

問113 市町村は、法定外公共用物の不法占拠者に対し、占有権に基づく明渡請求をすることができるか

答 できると解する。

解説

1 問題の概要

里道及び水路等の譲与を受けた市町村は、当該法定外公共用物の所有権（財産管理権）を取得するから、法定外公共用物の不法占拠者に対し、所有権（財産管理権）に基づく明渡請求をすることができる。ただし、譲与を受けていない法定外公共用物について、市町村が、その占有権に基づいて明渡請求をすることができるであろうか。

占有の訴え（占有訴権）は、占有保持の訴え（民法198条）ないし占有回収の訴え（民法200条）によって、また、占有侵害のおそれがある場合には占有保全の訴え（民法199条）によって、その侵害状態を回復・予防する旨の訴えである。これは、法が自力救済を禁止したことの代償として認めた制度であり、本権の所在を問うことなく事実的支配の外形に基づく社会の平和と秩序を差し当たり維持する制度である。

そのような制度趣旨からすれば、占有権に基づく請求をする場合には土地明渡請求や妨害排除請求のような本案訴訟手続よりは、簡易迅速な救済を旨とする民事保全手続（特に民事保全法23条2項所定のいわゆる断行の仮処分）によることがふさわしいといえるが、断行の仮処分は要件が厳しいため、本案訴訟手続によらざるを得ない場合もあろう。

2 機能管理者としての市町村の占有の訴えの可否

(1) 消極説

この説は、市町村の機能管理権は公共用物をその本来の目的に従って公共の用に供するために認められた特殊な包括的権能にとどまるもので

ある(原龍之助・公物營造物法(新版)218頁)から、その権能のみから直ちに民法上の占有権といった私法上の権利が認められるものではないことを理由としている。裁判例の中には、道路法上の道路の管理者が、占有妨害者に対して占有訴権を行使した事案について道路法4条による道路敷地に対する私権の行使の制限を理由に、管理者による占有訴権に基づく請求を排斥したもの(京都地決昭51.6.21公刊物未登載)、道路管理者として現に管理を行っていたとしても、そのことから直ちに、道路管理者に民法上の占有権があるとはいえないとして、管理者による占有訴権に基づく請求を排斥したものがある(東京高判平13.10.30判時1781号102頁)。

(2) 積極説

この説は、市町村の占有訴権を認める見解であり、①道路法4条は公共の用に供することを促進する方向での私権の行使(道路管理者による妨害者への占有権の行使)までも否定する趣旨とは到底解し得ないこと、②ましてや法定外公共用物については、道路法4条のような私権制限の規定の適用はなく、当該財産を機能管理権に基づいて占有支配(民法180条)する者(すなわち市町村)の占有訴権の行使を妨げる実定法上の制約はないことを根拠とする。

(3) 検討

機能管理権の行使は、当該法定外公共用物に対する事実的支配と密接に関連するものであるから、その意味で市町村に民法上の占有権が認められる場合が多いものと考ええる。しかしながら、前述したとおり機能管理権は、公共用物をその本来の目的に従って公共の用に供するために認められた特殊な包括的権能であり、その性質は公法上の権能にとどまるものであるから、機能管理権を有することが、直ちに完全な占有権を有することと同義ではないものと考ええる。

そもそも占有とは、事実的支配を基礎にして、これに法的評価を加味して導かれる法的概念であるから、一方では、いかなる意味でも、事実支配の概念を入れる余地のない場合には占有があるとはいえないと同時に

に、他方では、継続的に事実支配をしていないという一事をもって直ちに占有権を否定することも適切でない。

結局、機能管理権による国有財産の現実の管理の内容ないし態様を、民法の面から評価した場合、その事実状態をもって物に対する事実的な支配が認められる場合には民法上の占有が認められるから、市町村による占有訴権の行使が認められるというべきである(由良卓郎「法定外公共物の管理と訴訟」判例地方自治昭和59年2号130頁)。法定外公共物の管理については、市町村が、管理条例を定めて管理している場合はもとより、事実上の機能管理を行っていれば、市町村は、当該法定外公共物たる土地に対する占有権があるものと考ええる。

なお、一般に国有地の不法占拠は、土地の占有権に対する侵害であると同時に所有権に対する侵害でもあるから、法定外公共用物に対する市町村の占有訴権の行使が認められる場合でも、なお、国は所有権に基づく明渡請求等訴訟を提起することができるというまでもない。

<参考文献>

○原龍之助・公物營造物法(新版)218頁

第4 行政上の義務の履行を求める民事訴訟

問114 国は、民事手続で行政上の義務の履行を求めることができるか

答 国又は地方公共団体が、専ら行政権の主体として行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することはできないとする最高裁判所平成14年7月9日第三小法廷判決（民集56巻6号1134ページ、以下「宝塚判決」という。）を踏まえて、個別の事案ごとに判断すべきである。

解説

1 問題の所在

行政財産たる国有地については、その管理者は、法律や条例の規定に従った除却命令（都市計画法81条1項、建築基準法9条1項参照）、原状回復命令（河川法31条2項参照）を発することにより、国有地を不法占拠する者に対して行政上の義務を課することができる場合がある。例えば、道路法71条1項に基づいて、道路管理者が、違反工作物、その他物件の政策・移転・除去、道路の原状回復等を命じることができる。ところで、民事上の債務について債務者が履行しない場合には、債権者は、民事訴訟手続及び民事執行手続によってその権利の確定及び実現を図り、あるいは民事保全手続によって、権利確定前における法律関係ないし事実関係等の保全を図ることになる。そこで、行政上の義務を負う者がその義務を任意に履行しない場合も、各種の行政的配慮から、行政庁自ら実力行使をすることなく、裁判手続に基づく強制執行を望むことがあるので同様に民事上の各手続によることができるかが問題となる。

2 学説・判例

この問題については、消極説と積極説がある（寶金・新訂版里道328頁参照）ほか、折衷説とでも呼ぶべき立場がある。

(1) 消極説

機能管理権及びこれに対応する除却義務等は、専ら行政上の権限、義

第4 行政上の義務の履行を求める民事訴訟

務にすぎず、当然に私法上の請求権の根拠となり得るものではない。また、行政上の義務の履行を求める訴訟も私法上規定されていない。のみならず行政上の義務の存否を、行政の特殊性に配慮した行政手続でなく、民事訴訟法・民事執行法等の民事手続によって判断するのは、行政訴訟の専属的管轄の趣旨にそぐわず、いささか妥当性を欠くきらいがあるとする説である。

この見解は、伝統的な行政法理論にのっとり、公法と私法の峻別を前提として、行政上の義務の強制履行は行政庁に与えられた自己完結的な手段によってのみ確保すべきであり司法裁判所の介入を求める英米法のような司法的執行になじまないとして、民事上の手続の利用を否定するものである（柳瀬良幹「行政代執行法第二条(1)」自治研究42巻2号36頁）。

(2) 積極説

この見解は、行政命令権には当然に行政強制権が含まれているものではないということを前提に、おおむね以下のような理由を挙げて、行政上の義務の履行確保のために民事上の手続を用いることができるとする（阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」行政法の解釈313頁）。①行政上の義務は義務者による任意な履行を期待するだけのものではなく、義務履行がなければ行政目的の達成が困難な場合があること、②現行法では、代替的作為義務以外の義務について、執行手続が用意されていないこと、③民事上の手続は当事者の対等を基本的な骨組みとしており、行政上の義務の履行を同手続によって実施しようとしても義務者である私人に格別の不利益を課すことにはならないこと、④行政事件訴訟法においても、このような民事手続の利用を一律に否定する規定がないこと等である。

なお、宝塚判決までの裁判例も、一般河川における砂利引渡断行の仮処分についての岐阜地方裁判所昭和43年2月14日決定（訟月14巻4号384頁）、一般河川における土地埋戻しの履行請求についての岐阜地方裁判所昭和44年11月27日判決（判時600号100頁）、一般河川における土石

採取禁止、埋戻しの断行の仮処分についての富山地方裁判所平成2年6月5日決定（訟月37巻1号1頁）などが積極説を採っていた。

(3) 折衷説

司法的執行の場合を広げることは考慮に値するが、それを大幅に広げるかどうかは立法者の熟慮を経て決定されるべきであろうとする説（小早川光郎「行政による裁判の利用」法学教室151号104ページ）、行政上の強制執行が著しく困難であるなどの事情により司法的強制によるべき必要性がある場合にはその可能性が認められるべきであるとする説（芝池義一・行政法総論講義第3版210ページ）がある。

(4) 宝塚判決

宝塚市が、同市長が発したパチンコ店の建築工事中止命令に基づき、同工事を続行してはならない旨の裁判を求めた事案において、最高裁判所平成14年7月9日第三小法廷判決（宝塚判決）は、「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たる」が、国又は地方公共団体が「専ら行政権の主体として」国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟はこれに当たらないとの一般論を示し、具体的な判断においては、「本件訴えは、地方公共団体である上告人が本件条例8条に基づく行政上の義務の履行を求めて提起したものであり、当該義務が上告人の財産的権利に由来するものであるという事情も認められないから、法律上の争訟に当たらない」として、宝塚市の訴えを却下した。

宝塚判決は、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴訟を提起できるかという問題について法律上の争訟性の点から判断したものであるが、行政上の義務の履行を求める訴訟が常に法律上の争訟性を欠くとしているものではない。

この宝塚判決に対しては、学説の批判が強い。例えば塩野宏・行政法I〔第四版〕行政法総論205頁は、「法律上の争訟をこのように片面的に把握することに根本の問題があると同時に、仮にそのような理解に立ったとしても、なお、わが国の行政上の義務履行確保制度の歴史的、比較

法的考察を十分行うならば、現行法が行政主体による民事訴訟の利用可能性を認めているという結論を導き出すことができるものと解されるのであって、その意味で本最高裁判決は二重の意味で疑点があるものと考ええる。戦後のわが国の行政上の強制執行体制の展開の意義に全く理解を示さないものである。」としている。

3 検討

上記のとおり、宝塚判決は、行政主体が専ら行政権の主体として私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することはできないと判示したものである。

〈参考文献〉

○福井章代・最高裁判所判例解説民事篇平成14年度（下）531頁

第5 行政代執行

問115 行政代執行の要件は何か

答 行政代執行法2条が規定する行政代執行の要件は、①法令又は法令に基づく行政行為による義務の賦課が先行して存在していること、②賦課された義務が代替的作為義務であること、③義務の不履行があること、④他の手段によって義務の履行を確保することが困難であること、⑤義務の不履行を放置することが著しく公益に反すると認められることである。

解説

1 行政代執行の意義

行政上の命令とそれに対応する義務の存在を前提として、当該義務の履行を確保する公法上の強制執行に関する制度として行政代執行がある。行政代執行とは、私人の側の代替的作為義務が履行されないときに、行政庁が自ら義務者のなすべき行為をし、又は第三者をしてこれをなさしめ、これに要した費用を義務者から徴収する制度をいう。代替的作為義務であれば、他に特別の定めのない限り、当然行政代執行法が適用されることになる。また、法律上の要件が充足すると行政庁には代執行の権限が生ずるが、その権限をいつどのように発動するかは行政庁の裁量に属する（東京高判昭42.10.26高民集20巻5号458頁、判時497号25頁、判タ211号218頁）。

行政代執行の要件は、行政代執行法2条に規定されている。

2 行政代執行の要件について

(1) 法令又は法令に基づく行政行為による義務の賦課が先行して存在していること

国有地の不法占拠者に対して賦課される行政上の義務としては、河川法の適用ないし準用のある河川（河川法75条1項）、道路法上の道路（道路法71条1項）、都市公園法による都市公園（都市公園法11条1

第5 行政代執行

項）、自然公園法による自然公園（自然公園法21条）、港湾法上の港湾区域内の水域又は公共空地（港湾法56条の4第1項）、海岸法上の海岸保全区域（海岸法12条1項）等に関して発せられる不法工作物・施設の除去命令ないし原状回復命令等が挙げられる。

なお、庁舎内の私有物等の動産の撤去を求める庁舎管理権若しくは庁舎管理規定（訓令）に基づく撤去又は搬出命令は、法令又は法令に基づく行政行為による命令ではないから、行政代執行の方法により当該動産を撤去することはできない。

また、地方公共団体が法定外公共用物たる国有地の不法占拠者排除に向けて行政代執行をするため、「公共団体ノ管理スル公共用土地物件ノ使用ニ関スル法律」（いわゆる「カタカナ法律」・「一条法律」）を根拠にできるかという点については問116参照。

(2) 賦課された義務が代替的作為義務であること。

この要件に関しては、明渡しに関する債務が行政代執行の対象となるかが問題となる。

大阪高等裁判所昭和40年10月5日判決（行集16巻10号1756頁、判時428号53頁）は、「行政代執行法により履行の確保される行政上の義務は、いわゆる『為す義務』たる作為義務のうち代替的なものに限られるのであって、庁舎の明渡ししないしは立ち退きの如き、いわゆる『与える義務』は含まれないものと解すべきである。これらの義務の強制的実現には実力による占有の解除を必要とするのであって、法律が直接強制を許す場合においてのみこれが可能となるのである。」と判示している。

また、横浜地方裁判所昭和53年9月27日判決（判時920号95頁）も、民事上の強制執行において、引渡し・明渡しの債務は、直接強制によって実現せられるが、「行政代執行の対象となる行政上の義務は、『他人が代わってなすことのできる行為』をなす義務、いわゆる代替的作為義務に限定せられるので（行政代執行法2条参照）、作為義務であっても不代替的なそれは代執行の対象とはなり得ないと解するのが相当である。…（中略）…人の占有している土地の明渡し義務の実現には、実力により

義務者の占有を排除し、行政庁にこれを移転せしめることを要するものであるから、右義務は直接強制によってのみ実現の可能な義務であって、行政代執行により実現し得る代替的作為義務に該当しないといわなければならない。」と判示している。

河川法75条1項、道路法71条1項などによれば、河川や道路が不法占拠された場合において、公物管理者は、監督処分として、工作物等の除却や河川、道路の原状回復命令をすることができる。工作物等が除却されることによって、結果として、それまで工作物等の設置によって行われていた河川や道路の敷地の占有がなくなり、義務者が物理的抵抗をもって明渡しを拒まない限り、その土地が公物管理者に明け渡されることになるので、一見すると、そこで、明渡しの履行を受けているがごとく見える。しかし、厳密に言えば、監督処分によって課せられる義務は、工作物等の除却の義務であって、土地の明渡しの義務ではなく、土地の明渡しは、工作物等の除却の義務が実現せられることに伴って事実上生ずる結果であるにすぎない。そして、工作物等の除却の義務が、代替的作為義務であって、代執行に適する義務であることは、いうまでもない。また、監督処分によって命ぜられる河川・道路の原状回復とは、不法占拠者によって河川・道路の形状が変更せられた場合において、それを元の状態に復旧する工事を行うことであって、土地の明渡しを意味するものではない。そして、このような原状回復の義務も代替的作為義務であって、代執行に適するものである（広岡隆・行政代執行法〔新版〕58頁）。

(3) 義務の不履行があること。

行政代執行法2条の規定する「義務者がこれを履行しない場合」のなかには、履行不十分なものと履行に着手したが所定の期限内に完了しない場合も含まれると解される。不十分な履行は、義務の不履行と本質的に異なるものではないし、また、履行に着手したが履行期限までに完了しない場合、さらに時間的猶予を認めることによって義務の履行が確実に完了する見込みがあれば、なるべく義務者自らによる履行を待つこと

第5 行政代執行

が望ましいが、履行の着手が単に代執行を免れるための偽装であるとき、又は、履行の確実な完了が期待されないようなときには、代執行の必要があるので、これらの場合も、「義務者がこれを履行しない場合」に当たるとみて、代執行をなし得ると考えられる（広岡隆・前掲書118頁）。

(4) 他の手段によって義務の履行を確保することが困難であること。

行政代執行の選択を排除するに足りる他の手段とは何かが問題となる。

この点については、代執行以外の行政上の強制執行の手段である執行罰や直接強制は、その内容においても、また、それが裁判所の事前的承認を経ないものであり、代執行よりも穏やかな手段であるとはいえず、また、現行法も代執行の対象となり得る義務について適用されるような執行罰や直接強制の規定を設けていないから、執行罰や直接強制を代執行に優先する「他の手段」として考える合理的理由はない。また、行政罰は、過去の行政上の義務違反に対する制裁として課せられるものであり、義務の確保を直接目的としたものでないから、行政罰を課した上で、代執行をすることもでき、両者を併用することも可能である。したがって、それを代執行を排除する「他の手段」として考える合理的理由もない。さらに、民事上の救済手段についても、その救済が与えられるか否か、及び、いつそれが与えられるかは、裁判所の審理・判断にかかることであって、代執行の要件について判断する際に、そのような民事上の救済手段によって目的を達し得るか否かを客観的に認定することが困難であるから、民事上の救済手段を代執行を排除する「他の手段」として考えることは不合理であろう。

なお、過去の裁判例においては、「他の手段」の存在を理由として、代執行を行うことを違法としたものは見当たらないとされている（広岡隆・前掲書121頁）。

(5) 義務の不履行を放置することが著しく公益に反すると認められること。

監督処分により義務を課することと当該義務を強制的に実現することは相手方私人の自由に対する侵害の点では別個の問題であるところ、行政代執行は賦課した義務を強制的に実現する制度であることから、一層、大きな自由への侵害となる。そこで法は、安易に行政代執行を行うことを制限するために、行政代執行を発動する要件として、義務を課す際に要求される公益上の必要よりも一層大きな公益上の必要性を求めているのである。

すなわち、およそ公法上の義務の不履行はすべて公益に反することになるが、殊に「著しく公益に反する」場合に限って、初めて行政代執行が許容されるのである。そして「著しく公益に反する」かどうかは、具体的事案に照らして、行政庁が判断する裁量に属することはいうまでもない。

過去の裁判例で、建築物の除却命令が履行されないままに放置され、そのため土地区画整理が所定の期限までに完了できなくなるおそれがあるときは、その不履行を放置することによって著しく公益に反する結果となるから、代執行をすることは違法でない旨を判示したものがある（山口地判昭29.6.19行集5巻6号1510頁、福岡高判昭33.10.30行集9巻12号2822頁、判時172号16頁）。

しかし、反対に、義務の不履行を放置することが「著しく公益に反する」とは認められないとして、代執行をすることが違法であるとした裁判例は見当たらない。義務の不履行を放置することが「著しく公益に反する」と認められるか否かの判断について、行政庁に裁量権があり、行政庁がその要件の充足を認定して代執行しようとするとき、裁判所が、その要件の充足を否認して代執行をすることが違法であるとするときは、實際上容易でないことも影響しているのかもしれない。

しかし、この行政庁の裁量権は決して無制約なものではない。行政庁は、義務の不履行を放置することが著しく公益に反するか否かを、その義務を課する法令ないしその義務を課する行政処分を授權する法令の趣旨・目的に則した観点から、誠実に判断しなければならない。このよう

な法令の趣旨・目的を離れた恣意的な観点から、代執行の実施を決定したときは、裁量権の濫用となる。また行政庁は、具体的な義務違反の態様を考慮し、それを放置することが著しく公益に反するか否かについて、慎重に判断しなければならない。例えば、河川区域の不法占拠工作物について、河川法75条1項に基づいて除却命令をし、その代執行の実施を決定するに際しては、その工作物の具体的な設置場所及びそれによって生ずる河川管理上の障害について慎重な判断が必要とされるであろう（広岡隆・前掲書127頁）。

問116 法定外公共用物について、いわゆる「一条法律」を根拠に行政代執行が可能か

答 地方分権一括整備法施行後、市町村へ譲与前は、条例等の法令上の根拠に基づくもののほか、事実上の管理を行っている場合も、改正後の地方自治法2条8項により法定外公共用物の機能管理権が認められるものと解されるので、一条法律を行政代執行の根拠規定とすることができると考えられる。

解説

1 いわゆる「一条法律」の意義

いわゆる「一条法律」又は「カタカナ法律」とは、「公共団体ノ管理スル公共用土地物件ノ使用ニ関スル法律」（大正3年法律第37号）のことである。この法律は、道路、河川等の直接一般公衆の共同使用に供されている公共用物の大部分が国の営造物とされていた時代のもので現在も効力を有し、これらの公共用物の不法占使用を排除することを目的としたものである。

この法律は、1条のみからなり、「公共団体ニ於テ管理スル道路、公園、堤塘、溝渠其ノ他公共ノ用ニ供スル土地物件ヲ濫ニ使用シ又ハ許可ノ条件ニ反シテ使用スル者ニ対シ管理者タル行政庁ハ地上物件ノ撤去其ノ他原状

回復ノ為必要ナル措置ヲ命スルコトヲ得」と規定している。

この規定から、公共用物管理条例を定めていない公共団体（市町村）であっても、不法占拠者に対して除却等に関する義務を賦課し、行政代執行の根拠規定たり得るのではないかが問題となる。

2 行政代執行の根拠規定たり得るか否か

この問題については、消極・積極の両説がある。

消極説の論拠としては、①一条法律の適用範囲が当該地方公共団体（市町村）が所有する公共用物に限定されると解されること、②「公共団体ニ於テ管理スル道路」という場合の「公共団体」とは、いかなる公共団体を意味し、また「管理」とは財産管理、機能管理のいずれを意味するのか不明であるし、さらに「道路」とは道路法上の道路もあれば里道や農道といった法定外公共用物もあり、その範囲がはっきりせず、権原の根拠規定としてはあいまいであること、③除却命令等の行政事務を行うためには条例に基づくことを要すること（地方自治法14条2項）などが挙げられよう。

これに対し、行政解釈（昭和30年7月5日建設省広乙16号「普通河川の取締権限及び管理権の所属」）は積極説を採っている。その論拠としては、①一条法律の適用範囲については、「公共団体ニ於テ管理スル」公共用物と規定するのみであるから当該地方公共団体（市町村）が所有する公共用物に限定されるものではないこと、さらに、②文面上、「公共団体」とは、国、都道府県、市町村のいずれでもよく、「管理」とは、財産管理、機能管理のいずれでもよいが、一条法律後段において、行政庁に対し除却命令等の原状回復命令を許容していることからすると、この「公共団体」は、法定外公共用物の機能管理権を有する公共団体と理解すべきであり、そのようなものとして特定されていること、また「道路」に関する立法があるとしても、当該法定公共用物以外の公物（法定外公共用物）について一条法律の適用を排除しなければならないとの結論には結び付かないこと、③地方自治法14条2項に関しては、公物を公共の用に供するために必要な措置を執る際の根拠であるから、その限りでは、法定外公共用物については

条例制定事項とはいいい切れないと解する余地があることなどが挙げられる。

裁判例にも積極説に依拠すると理解できるものがみられる（東京地判昭35.9.8行集11巻9号2677頁）。

積極説が相当であるとする。ただし、最高裁判所昭和59年11月29日第一小法廷判決（民集38巻11号1260頁）は、「地方自治法2条3項2号は、（中略）地方公共団体の事務を例示しているにすぎず、右の規定から直ちに地方公共団体がその区域内の普通河川を法律上管理することとなるわけのものではなく、普通河川の管理に関する条例を定めていない上告人を普通河川である本件溝渠の法律上の管理者であるとするはできない。しかしながら、国家賠償法二条にいう公の营造物の管理者は、必ずしも当該营造物について法律上の管理権ないしは所有権、賃借権等の権原を有している者に限られるものではなく、事実上の管理をしているにすぎない国又は公共団体も同条にいう管理者に含まれる」と判示し、旧地方自治法2条3項2号が地方公共団体による法定外公共用財産の管理権原の直接の法的根拠とはならないとする。したがって、この最高裁判決を前提とする限り、旧法下では地方自治法14条の規定に基づく法定外公共用物の管理条例を制定せず、事実上の管理行為も行っていない場合は、当該地方公共団体が、当該法定外公共用物を管理しているとはいえないから、一条法律を行政代執行の根拠規定とすることはできないと考えられていた。建設省も同様に考えていたと思われる（財管研究会編・公共用財産手引192頁）。

これに対し、地方分権一括整備法施行後は、条例等の法令上の根拠に基づくもののほか、市町村へ譲与前の事実上の管理をしている場合も、改正後の地方自治法2条8項が、市町村の機能管理権を認める根拠となるものと考えられるから（問2、問7参照）、これを理由として、一条法律を行政代執行の根拠規定とすることができると考えられる。

問117 道路法上の道路占用許可を受けることなく路上の電柱等に添加された放送線を除却する方法としてはどのようなものがあるか

答 放送線を除却させる法的措置としては、①道路法71条1項に基づく除却命令による除却義務を根拠とする行政代執行、②同除却義務の履行を求める民事訴訟の提起、③道路敷地所有権又は占有権に基づく妨害排除請求がある。

解説

1 道路法に基づく除却命令

放送線を電柱に添加すると、風雪等の自然現象あるいは人為的行為により放送線が切断されたり、たるみを生じたりして、それが道路を横断している場合はもちろん、縦断する場合にも通行車両、歩行者等に危険を及ぼし、また人命を損なう大事故に結び付くこともあり得るから、放送線の添加は道路法41条の「交通の支障を及ぼすおそれ」があるとして、「新たな道路の占用」とみなされ、同法71条1項により道路管理者は除却命令を発することができる。

この除却命令の執行については、①行政代執行法による代執行（行政代執行の要件について問113参照）、②除去命令の履行を求める民事訴訟の提起（本訴あるいは断行の仮処分）がある（問112参照）。ただし、②の民事訴訟については、宝塚判決でいう「財産権の主体」として訴えを提起する場合に限られ、国に財産的権利利益が認められる場合でなければならない。

2 道路敷地所有権又は占有権に基づく妨害排除請求

道路敷地所有権又は占有権に基づく妨害排除請求の本訴と断行の仮処分も可能であると考ええる。

これに関して、道路法4条が「道路を構成する敷地、支壁その他の物件については、私権を行使することができない。但し、所有権を移転し、又

第5 行政代執行

は抵当権を設定し、若しくは移転することを妨げない。」と規定していることから、道路敷地の私権としての所有権又は占有権に基づく妨害排除請求等が許されないのではないかということが問題となる。裁判例の中には、「右条項（道路法4条）の立法趣旨は、私権の行使によって道路としての効用が阻害されるのを防止すると共に道路の維持管理権を道路管理者一人に集中することにより道路の効率的な維持管理を図る一方その責任の所在を明らかにしたものと解すべきであつて、…同法同条但書に定められた事由は限定列举であつて、それ以外の私権の行使は全面的に禁止されている」として、占有訴権の行使を否定したものもあった（京都地決昭51.6.21公刊物未登載）。

また、道路法上の道路について、「同法上の道路管理者であり、かつ、現に管理を行っていることから、当然に、当該道路管理者に上記道路の民法上の占有権があるということはできない。」として、管理者による占有訴権に基づく請求を排斥したものがある（東京高判平13.10.30判時1781号102頁）。

しかしながら、同条の立法趣旨は道路の効用を害するような私権の行使が制限されると解すべきであつて、同条ただし書は、道路の効用を妨げない例示規定と解される。しかも、妨害排除請求は公共の用に供する目的にかなひこそすれ、これに反するわけではない。したがって、道路敷地所有権又は占有権に基づく妨害排除請求も可能であると解する（市所有の公園敷地の明渡請求についての福島地会津若松支判昭50.9.17判時816号41頁参照）。

さらに、放送線の除却請求と併せて、使用料相当額の損害金が請求できるものとする（問110参照）。

なお、適法に供用の開始がされた市道について、市は、道路管理者としての市道の管理権に基づき市道上の工作物の撤去請求ができるとした最高裁判所平成8年10月29日第三小法廷判決（民集50巻9号2506頁）がある。

<参考文献>

○訟務局編・提要673頁

問118 放置自転車を撤去するにはどのような方法があるか

答 法律上種々の問題点はあるが、道路交通法、道路法、自転車の安全利用の促進及び自転車等の駐車対策の総合的推進に関する法律、遺失物法、廃棄物の処理及び清掃に関する法律による撤去が考えられるほか、放置自転車撤去条例を制定して撤去することも可能である。

解説

1 問題の所在

駅などの周辺道路上に多数放置されている自転車は、道路交通の安全を害するだけでなく一般住民の生活環境を害することもある。多数の自転車が道路上に放置された状態が一定時間経過すると、国有地たる道路を不法に占拠していると評価し得る。しかしながら、そのように放置された自転車は、だれがそれを置いたのか不明であり、また、それを返還するにしても困難なことが多い。

そこで、このように道路上に放置された自転車に対する対応措置を講じるに当たっては、まず、「放置」自転車の意義を確定した上で、道路交通法等の現行法ないし条例上の措置を検討する必要がある。

2 「放置」自転車の意義

まず、道路上に置かれた自転車が、「駐車」しているのか、「放置」されているのかを確定しなければならない。そこで、「駐車」とは区別された意味での、「放置」の概念が問題となる。

自転車の安全利用の促進及び自転車等の駐車対策の総合的推進に関する法律（昭和55年11月25日法律第87号、以下「自転車法」という。）5条6項は、「地方公共団体、道路管理者、都道府県警察、鉄道事業者等は、……道路に駐車中の自転車等の整理、放置自転車等（自転車等駐車場以外の場所に置かれている自転車等であって、当該自転車等の利用者が当該自転車等を離れて直ちに移動することができない状態にあるものをいう。以下同じ。）の撤去等に努めるものとする。」と規定し、「駐車」と「放置」

第5 行政代執行

とを区別しているが、この用語の具体的な定義の定めはなく社会通念にその解釈がゆだねられている。

一方、「駐車」については、道路交通法2条1項18号が、「車両等が……故障その他の理由により継続的に停止すること、又は車両等が停止し、かつ、当該車両等の運転をする者がその車両等を離れて直ちに運転することができない状態にあることをいう」と定めているが、「放置」という用語は見当たらない。おそらく自動車等の多くは、使用者又は所有者が法律的な裏付けの下に容易に確認できるものであること、また自動車等はその機能を有している限り、経済的に高価であるため、所有者が所有権を放棄することは一般的に考えられないためと思われる。

また、各自治体における規制条例の「放置」という状態の認識も様々であるが、これは、地域の自転車の利用状況や自転車が置かれている土地利用の条件などによって「放置」に対する住民の感じ方が異なる結果のあらわれと考えられる。

そこで「放置」の概念を整理すると、次のように考えられる。

- ① 放置の状態とは、自転車が機能を有している限り、外見的には駐車であること。
- ② 放置自転車の特性として、駅周辺など公共の場所等に毎日、継続的にしかも大量に集積する傾向をもっていること。
- ③ また、大量に集積することによって歩行者特に視力障害者や幼児、車イス等の交通を妨げるとともに、消防車、救急車等の緊急自動車の活動を阻害し、生活環境を害し、都市機能を損なう性質を有するものであること。
- ④ これらの放置自転車の中には、盗まれたもの、置き忘れたもの、また、所有権を放棄したものも含まれていること。

3 法律上採り得る措置の問題点

(1) 道路交通法上の問題点

道路交通法上、「軽車両」（道路交通法2条1項8号、11号）としての自転車の駐車違反について、自動車と同じに、警察による移動命令、50

メートル内の移動又は特定場所への移動・保管を規定している（同法51条3項、6項等）。

しかし、この違法駐車規制は、本来、所有者の明確な自動車の個別的な駐車違反に即応した仕組みである。これに対して放置自転車の場合には、無登録のそれが大量に放置されるからこそ問題となるのであって、個々の放置自転車に対してその責任を問うことができるのか疑問である。つまり、警察官が駐車違反として検挙するためには、運転者と車両の特定が必要不可欠な条件であるが、一般に免許を持たない自転車利用者と防犯登録も記名もない自転車について、違法状態を作り出した者が真に放置者本人であるかを確認することは非常に困難である（なお、防犯登録義務を規定した自転車法12条3項は、同法附則2項により平成6年6月20日以後に新たに利用する自転車についてのみ適用される。）。

また、放置自転車は「物件をみだりに道路に置く」として道路交通法81条1項2号の対象となるのが問題となる。ここでいう物件とは、正当な理由なく道路に放置された工事用の材木、砂利、土等を指すものであり、毎日、継続的に、大量に放置される車両としての属性を持った自転車を物件として想定していない。また、個々の自転車についてみるならば、これが直ちに交通の妨害となっていると認定することは困難である。したがって、自転車としての機能を有する限り、ここでいう物件には当たらないが、損傷がひどく自転車としての機能をもはや回復し難いものは、物件に当たるものと解せられる。

(2) 道路法上の問題点

道路管理者は、放置自転車について道路法43条の禁止行為として同法71条の監督処分権を行使できるかどうかが問題となる。つまり、道路法は、道路上の「物件のたい積」といった交通支障行為を禁止した上（道路法43条2号）、道路管理者は、道路に存する物件の移転、除却を命じることができるが（同法71条1項）、当該措置を採ることを命じようとする場合において、過失がなくて当該措置を命ずべき者を確知することができないときは、道路管理者は、公告後に除却代執行できる旨規定し

ている（同条3項）。なお、このような除却代執行を行おうとする場合の聴聞手続については、行政手続法13条1項、同法15条以下に規定されている。しかしながら、理論上、監督処分権限を行使できるとしても、これを放置自転車に適用して実効があるとは考え難い。

(3) 自転車法上の問題点

自転車法は、既存の法律制度に対する特例や特別措置を設けたものではなく、むしろ関係の行財政措置を総合的に運用していくための基本的な方向づけをしたところに特色があるため、必ずしも現状を解決する決め手とはならず、さらに各自治体（市町村）の実態に合わせた対応が必要となる。その他、自転車法の問題点としては、5条5項で自転車の計画的な交通規制は、駐車場の整備と相まって実施することとされているが、自転車駐車場の新たな設置は、利用者の潜在的需要をさらに喚起する性格を持っていること、撤去後、引取り手のない自転車の処分権が明文化されていないこと、さらに12条の防犯登録は徹底されていないこと（前記のとおり、防犯登録義務は平成6年6月20日以後に新たに利用する自転車についてのみ適用される。）、また、自転車を放置した者に対する罰則や行政罰の規定がなく、利用者に対する歯止め措置がないことなどを挙げることができる。

(4) 遺失物法上の問題点

民法240条は、遺失物は特別法の定めるところに従い、公告した後6か月以内にその所有者が知れないとき、拾得者は、所有権を取得すると規定している。そしてこれを受けた遺失物法（明治32年3月24日法律第87号）で規定する遺失物とは、占有者の意思に基づかず、かつ、奪取によらないでその占有を離れた物件であるとされている。この定義からすると、自転車の放置は、占有者がその意思に基づいて放置しているものであるから、放置自転車は一般に遺失物に該当しないと解される。

また、「他人ノ置去リタル物件」（12条）、「犯罪者ノ置去リタル認ムル物件」（11条）などは、遺失物に準ずるものとしている。まず、前者は、他人が置き忘れていった傘、帽子など自己の占有する場所に他人が

意識的に、あるいは意識せずに遺留した物件をいうが、そのようにみなすためには、その物件を置かれた場所を管守する者が存在することを前提として成り立つ。しかし、この法律は、道路については管守者はいないという前提に立って制定されているので路上の放置自転車置き去り物件と認定できない。後者の「犯罪物件」には、放置自転車も含まれていることも考えられる。したがって、明白に「犯罪物件」と認められるものについては、この法律に従い警察に引き渡すべきものであるとも考えられるが、放置自転車がそれと分かるのは、防犯登録車などについて盗難届が出ている場合であって、自治体が警察への盗難届を調査して持ち主を把握できれば返還できる場合もあるので、警察署に差し出すまでもないものとする。

(5) 廃棄物の処理及び清掃に関する法律上の問題点

廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和45年12月25日法律第137号）6条の2の1項で「市町村は、……一般廃棄物を生活環境の保全上支障が生じないうちに収集し、これを運搬し、及び処分しなければならない。」と規定している。引取り手のない放置自転車が、一般廃棄物であるとするならば、この規定により処分することができるが、問題は一般廃棄物に該当するかどうかである。

廃棄物とは、ゴミ、粗大ゴミなど占有者が自ら利用し、又は他人に有償で売却することができないために不要になった物をいい、廃棄物に該当するか否かは、占有者の意思、その性状等を総合的に勘案すべきものであって排出された時点で客観的に廃棄物として観念できるものではない、とされている。したがって、ゴミ置場以外に放置されている自転車を直ちに一般廃棄物としてしまうことに問題がないわけではない。

しかし、自転車の性状も刻々と変化するものであるから、ゴミと認定できるほどまでに変化した自転車、また、機能を有している自転車であっても往来の激しい道路の片隅に置かれ、引取り手のない自転車は、事実認定の問題として、一般廃棄物として処理することもできると思われる。

放置自転車を撤去、保管中にその機能が失われたとき廃棄物（ゴミ）として認められる場合があるが、関係機関（自治体や警察等）の保管の費用、手数の負担を考慮して1か月程度の保管で廃棄物とみなして処理しても差し支えないものとする。

(6) 放置自転車撤去条例

放置自転車の規制は、道路交通法及び道路法のみでは十分ではない。そのため、多くの地方公共団体においては、放置自転車撤去条例を定めているが、もちろん、条例により放置自転車を規制することは法令に違反しないと考えられる。

第6 保全処分

問119 国有財産に関する断行の仮処分が認められたものは、どのようなものがあるか

答 これまで国有財産に関する断行の仮処分の申立てが認められた裁判例は相当数があるが、その申立てに際しては、保全の必要性の立証が重要である。

解説

1 裁判例

これまで国有財産に関する断行の仮処分申請が認められたものとして、①一時使用の期間満了後も鉄道用地を不法占拠している者に対する建物収去・土地明渡しを求める断行の仮処分が認められた東京地方裁判所昭和29年9月8日決定（下級民集5巻9号1451頁、判タ44号59頁）、②湛水用敷地内の土地を不法に占拠し、洪水調節等のために設置された堰堤の機能を阻害している者に対する建物収去・土地明渡しを求める断行の仮処分が認められた盛岡地方裁判所花巻支部昭和30年9月19日決定（訟月1巻8号55頁）、③河川敷地から土砂を無断採取し、堆積してあった土砂を採取者において他に売却するおそれがあるとして、この土砂を採取跡に戻すべく国がした原状回復の断行の仮処分が認められた岐阜地方裁判所昭和43年2月14日決定（訟月14巻4号384頁）、④国立大学の学生寮の不法入寮者に対する明渡しの断行の仮処分が認められた大阪地方裁判所昭和58年3月25日決定（訟月29巻9号1678頁）及び東京地方裁判所平成9年3月25日決定（訟月44巻10号1701頁、判時1605号63頁・判タ936号263頁）、⑤自衛隊演習場内に入会権を有するとして小屋を設置する者に対する建物収去・土地明渡しを求める断行の仮処分が認められた甲府地方裁判所昭和58年8月11日決定（訟月30巻2号203頁）、⑥河川敷地から違法な土砂の採取、選別及び搬出の中止並びに採取土砂の埋戻しを求める断行の仮処分が認められた富山

第6 保全処分

地方裁判所平成2年6月5日決定（訟月37巻1号1頁）、⑦東京湾岸横断道路連絡建設予定地である国有の河川敷に住宅兼車庫を建築して不法占拠している者に対し、建物収去・土地明渡しを求める断行の仮処分が認められた千葉地方裁判所平成8年6月10日決定（訟月43巻6号1439頁）などがある。

2 断行の仮処分の申立てについて

断行の仮処分とは、給付請求権についてそれが満足させられたと同一の事実上又は法律上の状態を仮に実現させる仮処分をいう。いわゆる満足の仮処分の一種であり、仮の地位を定める仮処分（民事保全法23条2項）に属する。したがって、断行の仮処分を申請するためには、被保全権利が存在することが当然の前提になる。さらに、断行の仮処分の必要性は、通常手続による権利実現の遅延のため著しい損害又は急迫の危険を避けるため、暫定的な法律状態を形成し、権利関係を規制する必要性がある場合に認められる（丹野達・保全訴訟の実務1345頁）。この必要性は、具体的には、この制度の目的に照らして、被保全権利の性質・内容・経緯・損害の内容・程度等を考慮して判断される（中川隆司・実務法律大系8巻265頁）。この仮処分によって債権者は仮定的ではあっても満足を与えられるが、その反面において、債務者は大きな不利益を受けるおそれがある。そこで、断行の仮処分の必要性は、他の種類の仮処分よりも、より高度のものであること、すなわち、債権者の被る損害が著しいことが要求される（丹野達・前掲書345頁、中川隆司・前掲書265頁）。

この高度の保全の必要性は、具体的には、①債務者の行為が執行妨害的と評価される場合、②債務者の占有が暴力的侵害によった場合、③債務者の目的物使用の必要性が著しく小さい場合、④債務者の行為が重大な公益侵害となる場合、⑤債権者の受ける損害が大きい場合、などに認められるといわれている（満田明彦「最近における東京地裁保全部の断行仮処分」判時794号7頁、799号10頁、802号16頁）。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道318頁

執行するのがその職務であるから、執行官の独自の権限で全部収去することとはできない。つまり、建物一部収去の判決では執行できないことになる。

3 訴訟の提起

建物一部収去の判決では執行できない場合、建物全部収去の判決を求めることができるであろうか。一般的には、一部収去が可能な場合、全部収去を求めることは許されない。この点、建物の一部を収去するときは、残存部分が倒壊する危険があり建物としての効用を失うような場合には、建物全部についての収去義務を認めた裁判例（東京高判昭39.4.17下民集15巻4号838頁）が参考となるが、本間のような場合は、建物全部収去の判決を求めることも可能であると考えられる。

<参考文献>

○訟務局編・提要866頁、松本保三「一の建物の一部（建物が所有者を異にする二個の土地上にまたがる場合、一の土地上に存する部分）に対する収去の強制執行」不動産法大系Ⅵ訴訟（改訂版）288頁

第8 費用

問122 不法占拠者に対する保全処分、訴訟、強制執行を実施するために必要な費用にはどのようなものがあるか

答 民事保全手続には、申立てのためのちょう用印紙と郵券が必要であり、担保としての保証金、仮処分執行費用が必要となる。また、民事訴訟手続には、訴訟提起のためのちょう用印紙と郵券が必要である。さらに、民事執行手続には、申立てのため手数料と執行費用が必要である。

解説

1 民事保全手続に必要な費用

民事保全手続には、申立てのためのちょう用印紙と相応の郵券が必要である。このうち、ちょう用印紙は、2000円である（民事訴訟費用等に関する法律3条1項別表第一11項の2ロ）。また、郵券とは送達のために必要な郵便切手のことであるが、どの程度必要であるかは裁判所ごとに異なる。ちなみに、不動産に関する保全処分（仮差押え又は仮処分）については登記が必要となり、本来登録免許税（登録免許税法9条別表第一により債権金額の1000分の4）が必要であるところ、国又は地方公共団体等は非課税とされている（同法4条）ので、登録免許税は必要ない。ただし、国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律7条に基づく場合には、非課税と扱われない団体からの手続依頼もあるので、注意を要する。

保全処分は、暫定的なものであるから、保全命令の執行が違法ないし不当な場合に債務者が被るであろう損害額をあらかじめ担保として提供する必要があるとされており、保全裁判所の判断で担保の提供を命じられるのが原則である（民事保全法14条1項）。担保額については、法律により定められているわけではなく、保全裁判所の裁量にゆだねられているので、その額を想定することは困難であるが、例えば不動産に対する仮差押えの

場合には、目的不動産価額の2割前後が目安となるとされている(齊木教朗・民事保全の実務〔新版増補〕(下)・東京地裁保全研究会編著3頁)。

不動産に対する処分禁止の仮処分の執行は、保全命令を発令した裁判所が保全執行を行う、具体的には裁判所書記官が職権にて登記囑託をする(民事保全法54条、53条、47条2項)ので、保全執行費用は不要である。しかし、占有移転禁止仮処分の執行又は不動産を債権者に明け渡す又は引き渡す仮処分、いわゆる断行の仮処分の執行には、公示の費用又は明渡費用等の執行費用の準備が必要である。とりわけ、後者の場合は、高額となる場合があるので、注意を要する。

2 民事訴訟手続に必要な費用

民事訴訟手続には、訴訟提起のためのちょう用印紙と相応の郵券が必要である。ちょう用印紙は訴訟の目的の価格に応じて算出して得た額(民事訴訟費用等に関する法律3条1項別表第一1項)である。

3 民事執行手続に必要な費用

民事執行手続には、申立てのための手数料と執行費用が必要である。執行官は、手数料と職務の執行に要する概算額を予納させることができる(執行官法15条1項本文)とされているが、実務上は予納を命じられるのが原則である。予納を命じられる金額は、担当執行官が事案(事件の種類、請求債権額、執行場所への距離等)により適当と認める額である(執行官提要第四版39、40頁)。

ちなみに、不法占拠の態様が国有地に建物を建てている場合は、建物収去土地明渡しの執行をすることになるが、この場合には代替執行費用が高額になるので、注意を要する。この代替執行とは、債権者に対し債務者本人に代わって債権者又は第三者が債務の内容を実現することができる権限を与えてこれを実現し、それに要する費用を債務者から取り立てることである(民法414条2項)。民事執行法は、裁判所が債権者に対しそのような授權をする決定(授權決定)の手続を定めている(同法171条1ないし3項)。代替執行の費用は授權決定手続に必要な費用と作為の実施費用がある。前者には、債務名義の送達証明申請、執行文の付与、授權決定申立手

数料、書類の作成及び提出の費用等がある。後者は、作為の実施に必要な費用であり、補助者を使用した場合の人件費や資材費も含む。全部補助者に請け負わせた場合であれば、その請負代金ということになる。執行官が実施者である場合には、執行官への申立手数料、執行手数料、費用である。

<参考文献>

○深沢利一・園部厚補訂・民事執行の実務(下)〔新版〕785頁、近藤崇晴ほか編・民事執行の基礎と応用〔補訂増補版〕411頁、園部厚・書式代替執行・間接強制・意思表示擬制の実務〔第二版〕95頁

第 9 章

地方分権一括整備法施行と国有財産

第9章 地方分権一括整備法施行と国有財産

問123 地方分権一括整備法施行により、公共用物に係る財産管理・機能管理は法律上どのように位置づけされるか

答 地方分権推進計画（平成10年5月29日閣議決定）に基づき、機関委任事務制度が廃止され、地方自治法において、地方公共団体の処理する事務を自治事務と法定受託事務とに再構成することとし、地方分権一括整備法により関連規定が整備された。

なお、法定外公共用物である里道、水路のうち現に公共の用に供しているものにあつては、当該法定外公共用物を市町村に譲与し、機能管理及び財産管理とも市町村の自治事務とするとともに、市町村に譲与されなかった財産については、原則として一括して用途廃止され財務省所管の普通財産になり、その管理は国（財務省）の直接執行事務となった。

解説

1 地方分権推進計画（平成10年5月29日閣議決定）に基づき、都道府県知事等を国の機関と構成して国の事務を処理させる仕組みである機関委任事務制度が廃止され、地方自治法において、地方公共団体の処理する事務を自治事務と法定受託事務とに再構成することとし、地方分権一括整備法により関連規定が整備された。

これにより、地方自治法2条9項、国有財産法9条3項、同法施行令6条、海岸法40条の4などが改正され、平成12年4月1日から、都道府県又は市町村が行うことができる国有財産に関する事務が改正された。

2 地方分権一括整備法の施行により、道路法、河川法及び海岸法に規定される公共用物の機能（公物）管理及び財産管理は、次のとおり改正された。

(1) 道路法関係

公共用物の種類		機能（公物）管理者		財産権	財産管理者	
		改正前	改正後		改正前	改正後
一般 国道	指定区 間内	国土交通 大臣	国土交通 大臣	国（国土 交通省）	国土交通 大臣	国土交通 大臣
	指定区 間外	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）	国（国土 交通省）	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）
都道府県道 市町村道		都道府県・ 市町村（団 体事務）	都道府県・ 市町村（自 治事務）	国（都道府 県に無償貸 付）	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）
				都道府県・ 市町村	都道府県・ 市町村	都道府県・ 市町村

(2) 河川法関係

公共用物の種類		機能（公物）管理者		財産権	財産管理者	
		改正前	改正後		改正前	改正後
一般 河川	指定区 間外	国土交通 大臣	国土交通 大臣	国（国土 交通省）	国土交通 大臣	国土交通 大臣
	指定区 間内	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）	国（国土 交通省）	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）
二級河川		都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）	国（国土交 通省）	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）
準用河川		市町村長 （機関委任 事務）	市町村（自 治事務）	国（市町村 に無償貸付）	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）

(3) 海岸法関係

公共用物の種類		機能（公物）管理者		財産権	財産管理者	
		改正前	改正後		改正前	改正後
海岸保 全区域	海岸保全 施設	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）	国（国土交 通省）	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）
	その他	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （自治事務）	国（国土交 通省） ↓ 国（都道府 県に無償貸 付）	都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （法定受託 事務）
一般公共海岸		都道府県知 事（機関委 任事務）	都道府県 （自治事務）	国（国土交 通省）	都道府県知 事（市町村） （機関委任 事務）	都道府県 （市町村） （法定受託 事務）

港湾区域、港湾隣接地域及び公告水域に係る海岸保全区域は国土交通大臣が、漁港区域は農林水産大臣がそれぞれ管理する。

- 3 法定外公共用物のうち里道、水路（ため池、湖沼を含む。）として現に公共の用に供しているもの（機能を有している公共用物で、地盤が国有財産となっているもの）については、その財産を市町村に譲与し、機能管理、財産管理とも自治事務とするものとし、機能を喪失しているものについては、一括用途廃止のうえ国（財務省）において普通財産として直接管理を行うこととなった。

<参考文献>

○建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物31頁，58頁，61頁，147頁

問124 譲与対象となる法定外公共用物はどのようなものか

答 譲与対象となるものは、国土交通大臣所管に属する法定外公共用物のうち、里道、水路（ため池、湖沼を含む。）として現に公共の用に供しているもので、地盤が国有財産となっているものである。なお、機能を喪失しているものについては、財務省において普通財産として管理を行うこととなった。

解説

1 譲与対象となる法定外公共用物

譲与対象となる法定外公共用物は、①国土交通大臣所管の公共用財産である里道、水路（溜池、湖沼を含む。）であること、②現に公共の用に供されていること、の2要件を満たしているものである（国有財産特別措置法5条1項5号）。

国有財産特別措置法5条1項5号によると、譲与対象となる法定外公共用物は、国土交通大臣所管の「河川等又は道路」であるが、ここでいう「河川等」とは、河川法及び下水道法の適用・準用のない河川、湖沼その他の水流又は水面をいい、「道路」とは、道路法の適用のない道路をいう。「河川等又は道路」には、①国土交通大臣所管に属する法定外公共用物である里道、水路のほかに、②国土交通大臣所管の港湾隣接地域、砂防指定地内に存する公図上の里道、水路、③農林水産大臣所管の漁港区域、国有林及び国営土地改良事業施設内に存する公図上の里道、水路がある。

しかし、②や③は、各区域の管理者等が、港湾法、砂防法、漁港漁場整備法等の各法令に基づいて管理するものであることから、地方分権計画に基づく法定外公共用物の譲与の対象とはならない。①のみが譲与の対象となるものである。

2 譲与対象外の法定外公共用物

前記1の要件を満たしていないもの、すなわち機能を喪失しているものについては、譲与の対象とはならず、財務省の普通財産となり、国におい

て直接管理することになる。

そのほか、譲与要件は満たしているが、国の庁舎敷地、宿舍敷地（借上げ地を含む。）等として、国の行政目的の用に供されている土地の区域内にある里道、水路については、国が一体として管理すべきものであるので原則として譲与対象から除外されている。また、他省庁に対し所管換を前提として使用承認を行っている特別会計所属普通財産の区域内にある里道、水路で、行政財産に準じて取り扱うことが適当であるものについても、原則として譲与対象から除外されている（平成12年3月28日付け蔵理第1177号大蔵省理財局長通知）。

さらに、在日アメリカ軍へ提供されている財産及び、各省各庁の長に対して使用承認されている財産の区域内にある里道、水路についても、譲与対象とならない（平成12年1月18日付け蔵理第170号大蔵省理財局長通知）。

なお、譲与の対象となる法定外公共用物の機能の有無の判定に関しては、市町村の判断を最大限尊重することとされている。

<参考文献>

○寶金・新訂版里道356頁、建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公共物31頁、37頁、86頁

問125 法定外公共用物である里道、水路のうち、平成17年3月31日までに市町村に譲与されなかったものは、同年4月1日付けをもってすべて一括用途廃止されたか

答 法定外公共用物である里道、水路は、国から市町村への譲与手続が行われ、原則として平成17年3月31日までに譲与手続が完了している。

譲与されなかった里道、水路は、原則として一括用途廃止されたが、①財産特定が困難等のやむを得ない事情がある場合、②やむを得ない事情がないのに期限内に譲与手続が完了しない市町村、③機能喪失財産で、訴訟係属中又は問題顕在化の場合、④機能喪失財産で、境界確定手続中の場合に例外が

認められた。①の場合、一括用途廃止はされるが、やむを得ない事情が解消された場合には、機能維持財産について市町村が譲与を受けることとされている。②の場合は、譲与手続が完了した後に一括用途廃止を行うこととされている。③の場合、「財務局等において訴訟を継続することが困難な場合等」に該当すれば用途廃止はされないが、この点の判断については、法務局と都道府県及び財務局等が協議して決定することとされている。④の場合、都道府県において境界確定通知等の手続を完了した上で財務局等に引き継ぐ場合がある。

解説 法定外公共用物については、原則として、機能を有している「機能維持財産」については平成17年3月31日までに市町村に譲与され、機能を喪失している「機能喪失財産」については平成17年4月1日付けをもって一括して用途廃止され、財務局等に引き継がれた。

ただし、一括用途廃止手続については、以下の例外がある。

(1) 財産特定が困難等の「やむを得ない事情」のある場合

①国有財産特定図面の基となる図面自体が存在しないか、存在しても土地の現況と一致しない場合、②著しく激甚である災害が近年発生し特別の措置が必要となる場合、③地籍調査実施中で地積測量が終了している場合には「やむを得ない事情」があることから、これにより「譲与期限の特例を適用する地域」があるとされた市町村については、当該特例適用地域を含む当該市町村に所在する法定外公共用物について、平成17年4月1日付けをもって一括用途廃止を行い、財務局等に引き継がれた。

なお、「やむを得ない事情」が解消された場合は、市町村は速やかに「譲与期限の特例を適用する地域に所在する法定外公共用物に係る譲与申請書」を財務局等に提出し、機能維持財産について譲与を受けるものとされている（平成16年5月26日付け国官会第289号国土交通省大臣官房長通知、平成16年6月付け財務省・国土交通省作成「法定外公共物に係る国有財産の譲与等に関する取扱いについて」）。

(2) 「やむを得ない事情」がないのに期限内に譲与手続が完了しない市町村

一括用途廃止手続は都道府県ごとに、市町村を単位として行うこととされているため、「やむを得ない事情」がないにもかかわらず、譲与期限内に譲与手続が完了していない地域がある市町村については、平成17年4月1日付けでの一括用途廃止は行わなかった。このような市町村については、譲与手続が完了した後に一括用途廃止を行うこととされており、一括用途廃止までの間の財産管理については、市町村に既に譲与されている財産を除き、機能の有無にかかわらず、従来のおり都道府県の第一号法定受託事務として行われる。

なお、これらの市町村についても、平成18年度末までには、譲与手続を終了することとしている。（平成17年3月17日付け国官会第1906号国土交通省大臣官房長通達「法定外公共物に係る一括用途廃止に関する取扱いについて」参照）。

(3) 機能喪失財産で、訴訟係属中又は問題顕在化の場合

機能喪失財産で、訴訟係属中のものや訴訟は提起されていないものの不法占拠・境界紛争等の問題が顕在化しているものについては、財務局等において訴訟を継続することが困難な場合等を除き、過去の経緯や訴訟の方向性等を十分整理した上で、財務局等に財産を引き継いだ。

すなわち、「財務局等において訴訟を継続することが困難な場合等」に該当する財産については用途廃止されず、引き続き都道府県が当該財産の管理を行うこととなるが、これは、当該財産に係る訴訟の経緯やこれまでの国の主張と照らしあわせると、用途廃止を行うよりも、引き続き都道府県が訴訟等を担当する方が適切な場合もあると考えられるためである。このため、訴訟係属中又は問題顕在化の財産の用途廃止の判断に当たっては、個々の訴訟等の内容を踏まえる必要があることから、具体的には、法務局と都道府県及び財務局等が協議し、個別に用途廃止の是非を決定することとした。

(4) 機能喪失財産で、境界確定手続中の場合

譲与期限において、都道府県等が既に境界確定手続に着手している機能喪失財産については、事前調査等が進ちょくし財務局等へ引き継ぐことが

事務の遅延等の行政サービスの低下につながると都道府県において判断したもので既に現地立会いが終了しているものについては、一括用途廃止・財務局等への引継ぎの対象外とし、都道府県において境界確定通知等の手続を完了した上で、財務局等に引き継ぐものとされている。

<参考文献>

○訟務時報359号170頁「地方分権に伴う法定外公共物の譲与手続と訴訟の取扱い（一問一答）」

問126 地方分権一括整備法施行により、法定外公共用物たる国有海浜地の取扱いについては、どのようなになったか

答 海岸法の一部を改正する法律（平成11年5月28日法律第54号）により、新たに「公共海岸」及び「一般公共海岸区域」という概念が設けられ、法定外公共用物とされてきた国有海浜地は法律上「一般公共海岸区域」に位置づけられることになり、法定公共用物とされた。

その後の、地方分権一括整備法による改正後の海岸法40条の4で、海岸保全区域（現状維持に関する事務に限る。）及び一般公共海岸区域についての管理は、第一号法定受託事務とされなかったことから、地方公共団体の自治事務として行われることになった（地方自治法2条8項、9項）。

解説

1 海岸法の改正経緯

従前（海岸法の一部を改正する法律（平成11年5月28日法律第54号）施行前）は、国有海浜地のうち海岸法に定める海岸保全区域以外、あるいは機能管理に関する特別法の適用のないものは、法令上明確な規定はないものの法定外公共用物として機能管理は市町村の事務であると解されてきた。しかし、海岸法の一部を改正する法律により、新たに「公共海岸」及び「一般公共海岸区域」という概念が設けられた。同法による改正後の海岸法2条2項によると、「公共海岸」とは、「国が所有する公共の用に供され

ている海岸の土地及びこれと一体として管理を行う必要があるものとして都道府県知事が指定し、公示した低潮線までの水面」と、また、「一般公共海岸区域」とは、「公共海岸のうち海岸保全区域以外の区域」とされた。この改正法は、平成11年6月24日に施行された。

この海岸法の改正により、それまで法定外公共用物であった国有海浜地は、法律上一般公共海岸区域として位置づけられることになり、法定公共用物とされた。

その後、地方分権一括整備法420条で、海岸法2条2項中の「国の所有する」が「国又は地方公共団体が所有する」と改正された。

2 国有海浜地の管理の明確化

海岸法の一部を改正する法律により37条の3が新たに加えられ、一般公共海岸区域の管理は、都道府県知事（海岸保全区域、港湾区域又は漁港区域に接する一般公共海岸の区域については、特定区域の管理者）が行うものとされた。

この改正前まで、海岸法に定める海岸保全区域以外あるいは機能管理に関する特別法の適用のない海浜地は、前記1で述べたとおり、法定外公共用物としてその機能管理は市町村の事務であると解されてきた。しかし、海岸法の改正により法律上規定がおかれるとともに、その機能管理も都道府県である旨が明確にされた。ただし、協議のうえ、市町村が機能管理を行うこともできるとされている（海岸法37条の3第1項）。

3 地方分権一括整備法施行による国有海浜地の管理

平成11年7月16日に公布された地方分権一括整備法420条による改正後の海岸法40条の4で、第一号法定受託事務につき定められたが、この中で海岸保全区域（現状維持に関する事務に限る。）及び一般公共海岸区域の管理については、第一号法定受託事務に位置づけられなかった。したがって、一般公共海岸区域にある国有海浜地の管理は、地方公共団体の自治事務として行われることになった（地方自治法2条8項、9項）。

なお、国の所有する公共海岸の土地は、地方分権一括整備法420条による改正後の海岸法40条の3の規定により、地方公共団体に無償で貸し付け

られたものとみなされることになった。

<参考文献>

○資金・新訂版里道229頁、建設省財産管理研究会編・地方分権と法定外公
共物27頁

問127 地方分権一括整備法施行により、法定外公共用物に係る国有財産
の訴訟はどのようなになったか

答

1 地方分権一括整備法の施行後、市町村へ譲与前（都道府県の第一号法定
受託事務）に訴訟を提起されたものは、法務大臣の所部の職員（国の利
害に係るある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律（以下「権
限法」という。）2条1項）及び都道府県の職員（権限法2条3項）が指
定代理人として訴訟を行うことになる。

ただし、都道府県が財産を用途廃止した後は、都道府県の職員は訴訟担当
からはずれることになるため、都道府県の職員の訴訟代理権は消滅する。

また、市町村へ譲与後は、市町村が民事訴訟法49条ないし51条の規定に
より、当該訴訟を承継することによって訴訟当事者となるから、当該市町
村の訴訟代理人が訴訟事務を行うことになる。

2 市町村へ譲与後に訴訟を提起されたものは、市町村が訴訟当事者であ
り、市町村の訴訟代理人が訴訟事務を行うことになる。

3 一括用途廃止された後（普通財産）に訴訟を提起されたものは、財務省
の普通財産となるから、当該財産に係る訴訟については、法務大臣の所部
の職員（権限法2条1項）及び財務省の職員（同条2項）が指定代理人と
して訴訟を行うことになる。

解説

1 市町村へ譲与前（都道府県の第一号法定受託事務）に訴訟を提起された
もの

(1) 地方分権一括整備法の施行後、市町村へ譲与前に提起されたものは、
例えば、境界確定訴訟等では国が訴訟当事者であり、法務大臣の所部の
職員（権限法2条1項）及び都道府県の職員（権限法2条3項）が指定
代理人として訴訟を行うことになる。

(2) 市町村への譲与手続のため、都道府県が財産を用途廃止した後は、普
通財産として財務大臣が管理することになって、都道府県の事務ではな
くなるため、権限法2条2項の規定から、都道府県は訴訟担当からはず
れ、訴訟代理権は消滅する。

(3) 市町村へ譲与後は、市町村が民事訴訟法49条ないし51条の規定により、
当該訴訟を承継することによって訴訟当事者となり、当該市町村が訴訟
当事者となり、当該市町村の訴訟代理人が訴訟を行うことになる。

2 市町村へ譲与後に訴訟を提起されたもの

市町村へ譲与後に訴訟を提起されたものは、市町村が訴訟当事者であ
り、市町村の訴訟代理人が訴訟事務を行うことになる。

3 一括用途廃止された後（普通財産）に訴訟を提起されたもの

譲与期間内に市町村へ譲与されない財産（機能を喪失している公共用
物）は、原則としてすべて一括して用途廃止され、財務省の普通財産とな
ることから、当該財産に係る訴訟については、法務大臣の所部の職員（権
限法2条1項）及び財務省の職員（同条2項）が指定代理人として訴訟を
行うことになる。

		訴訟を担当するもの			
		国		都道府県	市町村
		法務省	財務省		
市町村へ譲与前に 訴訟を提起された もの	譲与前(用 途廃止前)	◎所有者		◎法定受託	○機能管理
	譲与前(用 途廃止後)	◎所有者	◎所有者		
	譲与後	○権限法 7条1項			◎訴訟承継
市町村へ譲与後に 訴訟を提起された もの		○権限法 7条1項			◎所有者

<参考文献>

○大蔵省，建設省編・法定外公共物に係る国有財産の譲与手続に関するガイドライン〔基本事項編〕22頁，訟務時報359号170頁「地方分権に伴う法定外公共物の譲与手続と訴訟の取扱い（一問一答）」

問128 法定外公共用物が市町村へ譲与された後，被告を国として訴訟が提起された場合，国は当事者適格を有しないとして却下を求めることになるか

答 境界確定訴訟については，却下を求めることになる。所有権確認訴訟についても，却下を求めることになる。

解説

1 譲与対象財産について

譲与対象財産については，公図等で特定することが予定されているが，登記は予定されておらず，譲与を受けた市町村でも登記をすることはない

と考えられる（不動産登記法の一部を改正する法律（昭和35年法律第14号）附則5条1項参照）ので，被告がだれであるかが分かりにくいことは確かである。

2 境界確定訴訟の場合

境界確定訴訟は，互いに隣接する土地の境界線について争いのある場合に裁判所の判決によってこれを創設的に確定する訴えであり，通説による形式形成訴訟とされている（問86参照）。

境界確定訴訟において当事者適格を有するものは相隣地の所有者であり，所有者以外の者には当事者適格は認められない（問88参照）。したがって，国から市町村へ譲与した後はもはや国は所有者ではないので，当事者適格を有しない。当事者適格を有しない以上，却下を求めることになる。ちなみに，却下を求めることになるのは，口頭弁論終結時において譲与手続が完了している場合である。

3 所有権確認訴訟の場合

確認の訴えでは，原告が訴訟物たる権利義務の主体であると主張する場合はこの者に原告適格があり，他方，被告適格は，原告の保護法益と対立きっこうする利益を主張している者に与えられる（新堂幸司・新民事訴訟法〔第三版補正版〕265頁）。もっとも，確認の訴えにおいては，まず確認の利益の存否が問われ，しかも，この利益の有無は，当該事件の原・被告間の紛争を確認判決によって解決する必要があるか，又は有効適切に解決し得るかという判断であるから，確認の利益があるということになれば，その原告及び被告は当事者適格があることになる。それゆえ，確認の訴えでは，当事者適格の問題は，確認の利益の問題に吸収される。

確認の利益の判断は，次の各視点から行われる。第1は，原・被告間の具体的紛争の解決にとって，確認訴訟→確認判決という手段が有効・適切か，第2は，確認対象として選んだ訴訟物が，原・被告間の紛争解決にとって有効・適切か，第3に，原・被告間の紛争が確認判決によって即時に解決しなければならないほど切迫した成熟したものか，第4に，訴訟物たる権利又は法律関係について確認判決による紛争の解決を図るのに有効

適切な被告を選んでいるかの各点が考えられる（新堂幸司・新民事訴訟法〔第三版補正版〕249頁）。

大審院大正11年9月23日民事連合部判決（民事判例集1巻525頁）は、「確認ノ訴ヲ提起スルニハ確認ヲ求ムル法律上ノ利益アルコトヲ要シ其ノ法律上ノ利益アリトスルハ被告カ原告ノ主体タル法律関係ヲ争ヒ之カ為ニ原告ノ権利者トシテノ地位ニ危険ヲ生セシメタルコトヲ要スルハ確認訴訟ノ性質上明ナリ」とした。

最高裁判所昭和35年3月11日第二小法廷判決（民集14巻3号418頁，判時218号20頁）は，上記大審院判決を引用し，上告人（被告）は本件持分が第三者に帰属することを主張するものであるところ，同主張は被上告人（原告）の権利者としての地位の障害となることが明かであるとして，被上告人には上告人に対し権利の確認を求める利益があると解した。

広島高等裁判所昭和62年10月16日判決（訟月34巻7号1405頁）は，国を被告として登記簿の表題部所有者欄に「広島市共有地」と記載された土地につき所有権の確認が求められた事案において，本件訴えには確認の利益はなく，また国に被告適格はないとして訴えを却下した。

また，福岡高等裁判所平成6年3月31日判決（判タ858号257頁）は，被告が係争地についての自己の所有権を主張しているだけでなく第三者（国）の所有であると主張している場合，この者を被告として所有権確認訴訟を提起する場合には当該確認訴訟の確認の利益の有無や被告適格が問題になり，被告の主張が原告の権利者としての地位に具体的な危険を及ぼすおそれの有無，被告に対して所有権確認訴訟を提起するだけの合理的な理由の有無が検討されなければならない，とした。

法定外公用物を国が市町村へ譲与した場合，所有権を有するとする者から国に対して確認を求められた場合，国が全く無関係な第三者であるといえるかは検討の余地があるものの，まずは被告適格なしとして却下を求めるのが妥当であろう。

<参考文献>

○實金・新訂版里道392頁，訟務時報359号170頁「地方分権に伴う法定外公

共物の譲与手続と訴訟の取扱い（一問一答）」

問129 法定外公用物に関する境界確定訴訟について，譲与を受けた市町村から権限法7条の実施請求があった場合は，どのように対応するか

答 市町村へ譲与前に訴訟が提起されたものについては，譲与後も国が訴訟当事者である限り法務大臣の所部の職員が訴訟を進行することになる。

市町村に譲与後に訴訟が提起されたものについては，権限法7条1項の実施請求があれば，当分の間は国が訴訟実施することになるが，市町村側の体制が整った後は，国の利害を考慮した上で，訴訟実施することになる。

解説

1 市町村へ財産譲与する前に訴訟提起がされているもの

市町村へ譲与する前の財産は，国が財産主体であることから，当該財産の境界確定訴訟等は国が当事者となる。市町村へ譲与した後も，国が訴訟当事者である限り，法務省としては訴訟進行することになる。

そして，譲与を受けた市町村が，民事訴訟法49条ないし51条の規定により訴訟承継し，訴訟当事者となった場合において，当該市町村から権限法7条1項の実施請求があったときは，法定外公用物の円滑な譲与に資し，もって国の重要施策である地方分権の推進を図るということは，同法3項の「国の利害を考慮して必要があると認めるとき」の要件を満たすものと解されることから，法務省としては，当該市町村のために訴訟実施することになる。

2 市町村へ財産譲与した後に訴訟提起されたもの

市町村へ財産譲与した後に訴訟提起されたものは，市町村が訴訟当事者であり，当該市町村の訴訟代理人が訴訟実施することになる。

当該市町村から権限法7条1項に基づく実施請求があった場合は，財産の譲与を受けた市町村が，必ずしも十分な訴訟体制を整えているとは限ら

第9章 地方分権一括整備法施行と国有財産

ないので、法定外公共用物の円滑な譲与、ひいては地方分権の推進を図るという観点から、法務省としては、当分の間は、当該市町村のために訴訟を支援することが必要であると思われる。

しかしながら、地方分権の推進は、基本的には国と地方の役割分担を決め、対等・協力の関係に立とうとするものであるので、市町村側の体制が整った後は、必ずしも権限法7条の実施請求に応じなければならないものではない。すなわち、法務省としては、その後は、市町村から権限法7条の実施請求があった場合には、個別事案ごとに、当該法定公共用物に係る訴訟の結果が国の道路行政等に支障を及ぼすか否か「国の利害」を考慮した上で、訴訟実施するのが妥当である。

<参考文献>

○訟務時報359号170頁「地方分権に伴う法定外公共物の譲与手続と訴訟の取扱い（一問一答）」

裁判例年月日別索引

裁判例年月日別索引

(明治31年)		
31年5月18日	大判	民録4輯5卷35頁66
(明治34年)		
34年11月14日	大判	刑事判決録7卷10号24頁110
(明治35年)		
35年4月24日	大判	行録12輯321頁25
(明治37年)		
37年7月8日	大判	民録10輯1061頁125
(大正2年)		
2年10月6日	大判	民録10輯799頁39
(大正3年)		
3年3月7日	大判	民録20輯195頁39
3年12月19日	大判	民録20輯1121頁25, 39
3年12月24日	大判	民録20輯1173頁189
(大正4年)		
4年3月16日	大判	民録21輯328頁66
(大正6年)		
6年9月18日	大判	民録23輯1342頁179
6年10月26日	和歌山地判	法律新聞1340号22頁115
(大正9年)		
9年6月26日	大判	民録26輯933頁63
9年7月6日	大判	民録26卷958頁180, 183
(大正10年)		
10年3月8日	大判	民録27卷422頁115
10年5月16日	大判	民録27卷923頁184
(大正11年)		
11年9月23日	民事連合部判	民事判例集1卷525頁296

裁判例索引

(大正12年)

12年6月2日 大判 民集2巻7号345頁180

(昭和6年)

6年8月7日 大判 民集10巻763頁154

(昭和7年)

7年2月12日 大決 民集11巻119頁198

7年10月26日 大判 民集11巻20号2051頁141

(昭和8年)

8年9月9日 大決 大審院民事裁判例集12巻2294頁198

(昭和10年)

10年9月18日 大判 判決全集22号1141頁152

(昭和28年)

28年4月8日 高松高判 高裁判集6巻5号647頁118

(昭和29年)

29年6月19日 山口地判 行集5巻6号1510頁228, 262

29年9月8日 東京地決 下級民集5巻9号1451頁274
判夕44号59頁

(昭和30年)

30年9月19日 盛岡地花巻支決 訟月1巻8号55頁274

30年11月14日 岐阜地判 訟月2巻1号87頁138

(昭和31年)

31年2月13日 福岡地判 下級民集7巻2号324頁101

訟月2巻4号33頁
判夕55号51頁

31年3月26日 福岡高宮崎支判 訟月2巻5号52頁55

31年7月18日 最判(大) 民集10巻7号890頁52

31年12月24日 東京地判 訟月3巻2号44頁139

31年12月28日 最判(二小) 民集10巻12号1639頁171, 180, 205
判夕67号68頁

裁判例索引

(昭和32年)

32年3月15日 仙台高判 下級民集8巻3号478頁115

32年4月25日 東京地判 訟月4巻3号337頁98

32年4月26日 東京高判 下級民集8巻4号423頁118

訟月3巻5号35頁

32年9月16日 東京高判 下級民集8巻9号1702頁100

訟月3巻10号63頁

32年9月26日 東京地判 訟月3巻11号13頁99, 135

判時132号7頁

(昭和33年)

33年5月1日 最判(一小) 訟月4巻5号703頁98

33年6月14日 最判(一小) 民集12巻9号1492頁179

33年10月30日 福岡高判 行集9巻12号2822頁228, 262

判時172号16頁

(昭和34年)

34年7月8日 仙台地判 訟月5巻9号1193頁100

(昭和35年)

35年3月11日 最判(二小) 民集14巻3号418頁296

判時218号20頁

35年5月24日 最判(三小) 民集14巻7号1154頁98

訟月6巻12号2296頁

判時227号18頁

35年6月17日 最判(二小) 民集14巻8号1396頁248

35年9月8日 東京地判 行集11巻9号2677頁265

35年9月21日 東京高判 訟月6巻10号1895頁170

35年10月4日 最判(三小) 民集14巻12号2395頁100

訟月6巻11号2077頁

35年12月27日 名古屋高判 高民集13巻10号884頁121

(昭和36年)

36年2月3日 長崎地判 行集12巻12号2505頁140

36年6月29日 東京高判 下級民集12巻6号1473頁99, 138

36年10月24日 東京地判 訟月7巻9号1707頁

訟月8巻3号415頁39, 50

(昭和37年)

37年4月20日	最判(二小)	民集16巻4号860頁118 訟月8巻5号825頁
37年7月10日	東京高判	下級民集13巻7号1390頁191
37年7月30日	東京地判	訟月8巻9号1405頁138
37年11月28日	最判(大)	刑集16巻11号1577頁117 判時322号2頁

(昭和38年)

38年10月15日	最判(三小)	民集17巻9号1220頁180 判時355号46頁
38年11月5日	東京地判	訟月10巻5号669頁107
38年11月29日	大阪高判	下級民集14巻11号2350頁172, 177

(昭和39年)

39年3月17日	名古屋地判	訟月10巻5号740頁115
39年3月30日	水戸地判	下級民集15巻3号693頁78, 182
39年6月27日	東京地判	下級民集15巻6号1623頁101 訟月10巻12号1641頁 判時377号13頁 判夕163号117頁
39年9月24日	福島地判	行集15巻9号1874頁84

(昭和40年)

40年10月5日	大阪高判	行集16巻10号1756頁259 判時428号53頁
40年11月30日	大阪地判	訟月12巻4号454頁99

(昭和41年)

41年4月20日	最判(大)	民集20巻4号702頁157 判時442号12頁 判夕191号81頁
41年5月20日	最判(二小)	集民83号579頁180
41年11月1日	最判(三小)	民集20巻9号1665頁99 訟月13巻2号174頁 判時467号39頁
41年11月25日	最判(二小)	民集20巻9号1921頁64

(昭和42年)

42年5月2日	最判(三小)	民集21巻4号811頁108 訟月13巻8号922頁 判時485号38頁 判夕208号103頁
42年6月9日	最判(二小)	訟月13巻9号1035頁103
42年7月25日	東京高判	訟月13巻9号1054頁39, 50
42年10月26日	東京高判	高民集20巻5号458頁258 判時497号25頁 判夕211号218頁
42年12月26日	最判(三小)	民集21巻10号2627頁171, 205 判時507号29頁 判夕216号126頁

(昭和43年)

43年2月14日	岐阜地決	訟月14巻4号384頁255, 274
43年2月22日	最判(一小)	民集22巻2号270頁194 判時514号47頁 判夕219号84頁
43年4月10日	盛岡地一関支判	判時540号68頁191
43年5月24日	神戸地判	訟月14巻7号771頁225
43年5月31日	大阪高判	判夕224号162頁194
43年9月30日	名古屋高決	高民集21巻4号460頁198 判時546号77頁 判夕232号21頁
43年12月17日	最判(三小)	判時544号36頁153

(昭和44年)

44年2月20日	東京地判	判時556号74頁227 判夕235号135頁
44年11月27日	岐阜地判	判時600号100頁255
44年12月4日	最判(一小)	民集23巻12号2407頁178 判時582号61頁 判夕243号190頁
44年12月18日	最判(一小)	訟月15巻12号1401頁39, 50, 57

(昭和45年)

45年2月19日	新潟地判長岡支判	訟月16巻4号356頁98
----------	----------	---------------------

裁判例索引

45年3月11日	東京地判	判時603号67頁179 判夕247号225頁
45年6月18日	最判 (一小)	判時600号83頁149 判夕251号185頁
45年10月29日	最判 (一小)	判時612号52頁149 判夕255号156頁
(昭和46年)		
46年2月10日	新居浜簡判	訟月17巻6号915頁55
46年9月30日	名古屋地判	判時652号63頁141 判夕271号217頁
46年11月16日	最判 (三小)	判時654号56頁237
46年11月30日	最判 (三小)	民集25巻8号1437頁150, 154 判時652号37頁 判夕271号179頁
46年12月9日	最判 (一小)	民集25巻9号1457頁183 判時667号27頁 判夕277号151頁
(昭和47年)		
47年3月2日	最判 (一小)	訟月18巻10号1507頁98
47年3月15日	福岡高判宮崎支	訟月18巻11号1681頁103
47年4月13日	東京地判	訟月18巻7号1051頁53 判夕282号338頁
47年12月7日	最判 (一小)	民集26巻10号1829頁248
47年12月26日	最判 (三小)	判時722号62頁219
(昭和48年)		
48年3月13日	最判 (三小)	民集27巻2号271頁66
(昭和49年)		
49年2月5日	最判 (三小)	民集28巻1号1頁223 判時736号41頁 判夕307号171頁
49年4月17日	東京高決	判時748号61頁198
49年6月24日	東京地判	判時762号48頁78
49年12月26日	大分家審	家裁月報27巻11号41頁95
(昭和50年)		
50年3月24日	秋田地判	訟月21巻5号959頁103

裁判例索引

50年8月29日	東京地判	訟月21巻10号2031頁115 判時808号80頁
50年9月17日	福島地会津 若松支判	判時816号41頁267
50年9月23日	東京高判	下級民集26巻9~12号804頁105, 152 訟月21巻12号2421頁 判時793号11頁
(昭和51年)		
51年1月30日	横浜地判	判夕338号230頁104
51年2月13日	宮崎地判	訟月22巻3号644頁100
51年3月29日	熊本地判	訟月22巻6号1497頁223
51年6月21日	京都地決	公刊物未登載252, 267
51年7月9日	大阪高判	判時841号45頁118 判夕344号207頁
51年11月4日	最判 (一小)	訟月22巻13号2919頁108
51年12月24日	最判 (二小)	民集30巻11号1104頁141, 142, 144 訟月22巻12号2742頁 判時840号55頁 判夕345号192頁
(昭和52年)		
52年2月17日	水戸地判	訟月23巻2号256頁101 判時842号22頁 判夕345号166頁
52年3月30日	横浜地判	判時873号78頁225
52年3月31日	大阪高判	訟月23巻4号678頁103
52年4月28日	最判 (一小)	集民120号549頁144
52年12月12日	最判 (一小)	訟月24巻1号25頁20, 123 判時878号65頁 判夕360号142頁
(昭和53年)		
53年2月28日	東京高判	訟月24巻2号235頁277
53年3月22日	東京高判	訟月24巻9号1697頁101 判時882号14頁 判夕360号112頁
53年5月30日	山梨簡判	判時937号100頁79, 189
53年5月30日	松山地判	行集29巻5号1095頁136 訟月24巻9号1766頁

53年6月27日	東京地判	判時931号51頁 訟月24巻7号1423頁100 判タ373号82頁
53年8月17日	東京地判	訟月24巻11号2161頁170 判タ374号122頁
53年9月22日	名古屋地判	下級民集29巻9~12号276頁79 判タ373号93頁
53年9月27日	横浜地判	判時920号95頁259
53年9月28日	熊本地判	訟月25巻2号357頁106
53年10月12日	大阪地判	判時928号57頁168
53年10月25日	横浜地判	訟月24巻12号2568頁107
53年12月21日	最判 (一小)	民集32巻9号1723頁13 判時918号56頁 判タ380号78頁
53年12月26日	東京高判	判時928号66頁79
(昭和54年)		
54年2月28日	名古屋高判	判時933号76頁121
54年6月11日	東京地判	訟月25巻10号2598頁105 判時935号67頁 判タ392号99頁
54年7月12日	福岡地判	訟月25巻11号2775頁144
54年7月31日	最判 (三小)	判時942号39頁146, 148 判タ399号125頁
(昭和55年)		
55年1月23日	山口地判	訟月26巻3号463頁143
(昭和56年)		
56年1月26日	東京高判	判タ444号105頁138
56年1月27日	最判 (三小)	判時1000号83頁150
56年3月30日	東京地判	行集32巻3号457頁158, 167, 171 判時1007号45頁
56年4月27日	東京高判	訟月27巻7号1303頁99
56年7月23日	東京地判	判タ465号134頁126
56年10月28日	東京高判	判時1023号58頁53 判タ459号63頁
56年11月25日	東京地判	公刊物未登載158
56年12月17日	高知地判	訟月28巻3号539頁170

(昭和57年)		
57年2月9日	大阪高判	判タ470号136頁172, 177
57年4月15日	笠間簡判	公刊物未登載159
57年6月17日	最判 (一小)	民集36巻5号824頁121
57年7月1日	最判 (一小)	民集36巻6号891頁65
57年7月15日	最判 (一小)	訟月29巻2号192頁39, 183
57年8月31日	横浜地判	訟月29巻2号213頁143 判タ487号103頁
57年9月17日	東京地判	判時1060号96頁104 判タ483号83頁
(昭和58年)		
58年3月24日	最判 (一小)	民集37巻2号131頁148, 151, 155 判時1084号66頁 判タ502号95頁
58年3月25日	大阪地決	訟月29巻9号1678頁274
58年4月28日	福岡地小倉支判	訟月29巻11号2046頁145
58年8月11日	甲府地決	訟月30巻2号203頁274
58年9月30日	東京高決	行集34巻9号1697頁198 判時1101号40頁
58年10月18日	最判 (三小)	民集37巻8号1121頁183, 191 判時1111号102頁 判タ524号210頁
58年11月29日	神戸地判	訟月30巻5号773頁158
(昭和59年)		
59年1月25日	東京地判	訟月30巻7号1122頁111
59年1月30日	東京地判	判時1129号85頁80, 182, 209
59年2月16日	最判 (一小)	判時1109号90頁185 判タ523号150頁
59年3月21日	岡山地判	判タ534号210頁84
59年8月8日	東京高判	訟月31巻5号979頁181, 189
59年11月29日	最判 (一小)	民集38巻11号1260頁12, 265
(昭和60年)		
60年1月24日	東京高判	訟月31巻9号1997頁39, 53 判時1140号52頁 判タ554号190頁
60年3月29日	大阪高判	判タ560号205頁158, 167, 171

裁判例索引

60年9月5日	千葉地八日市場 支判	公刊物未登載179
60年11月18日	山口地下関支判	判例地方自治30号65頁125
60年12月20日	東京地判	判タ637号129頁104
(昭和61年)		
61年2月17日	大阪地判	公刊物未登載170
61年3月17日	最判 (二小)	民集40巻2号420頁160
61年3月20日	広島高判	訟月33巻4号839頁145
61年6月26日	東京地判	判時1207号67頁144, 159
61年6月27日	大阪地判	民研382号35頁159
61年7月17日	東京高判	公刊物未登載179
61年12月11日	東京地判	判時1218号58頁136
61年12月16日	最判 (三小)	訟月32巻8号2092頁 民集40巻7号1236頁15, 120, 126 訟月33巻8号2099頁 判時1221号3頁 判タ629号100頁
(昭和62年)		
62年4月15日	大阪高判	公刊物未登載143
62年4月17日	最判 (二小)	公刊物未登載179
62年5月27日	和歌山地判	判例地方自治42号68頁126
62年8月31日	東京高判	判時1251号103頁78
62年10月16日	広島高判	訟月34巻7号1405頁115, 296
(平成元年)		
元年6月20日	最判 (三小)	民集43巻6号385頁101 訟月36巻1号24頁 判時1318号3頁 判タ705号68頁
元年11月24日	最判 (二小)	民集43巻10号1220頁112 訟月36巻5号836頁 判時1332号30頁 判タ714号77頁
(平成2年)		
2年1月16日	東京高決	判タ754号220頁198
2年2月16日	大阪高判	判タ741号159頁59
2年6月5日	富山地決	訟月37巻1号1頁256, 274

裁判例索引

2年9月27日	京都地判	訟月37巻11号1971頁25, 60
(平成3年)		
3年2月26日	東京高判	訟月38巻2号177頁143, 145
3年5月30日	福岡高那覇支判	判時1396号63頁100
(平成4年)		
4年3月10日	東京地判	訟月39巻1号139頁160
4年4月27日	東京高判	判タ793号183頁101
4年7月28日	青森地判	行集43巻6・7号991頁222
4年10月29日	大阪高判	訟月39巻8号1404頁143, 145
(平成5年)		
5年3月23日	大阪高判	公刊物未登載25
5年3月30日	最判 (三小)	訟月39巻11号2326頁166
(平成6年)		
6年2月8日	最判 (三小)	民集48巻2号373頁248 法学セミナー495号47頁 ジュリスト臨時増刊1068号58頁
6年3月31日	福岡高判	判タ858号257頁296
6年5月31日	最判 (三小)	民集48巻4号1065頁65
6年9月13日	最判 (三小)	判時1513号99頁150
6年9月29日	最判 (一小)	公刊物未登載25
(平成7年)		
7年3月7日	最判 (三小)	民集49巻3号919頁184 判タ885号156頁
7年3月30日	徳島地判	訟月42巻12号2819頁143
7年7月18日	最判 (三小)	集民176号491頁185
7年9月19日	大阪地判	判例地方自治143号78頁144 判タ945号40頁
7年12月15日	最判 (二小)	民集49巻10号3088頁149, 152 判時1553号70頁 判タ898号194頁
(平成8年)		
8年3月18日	東京高判	判タ978号38頁237
8年3月29日	宮崎地判	判例地方自治162号85頁144
8年3月29日	高松高判	民研476号48頁122

裁判例索引

8年6月10日	千葉地決	訟月43巻6号1439頁	275
8年7月18日	静岡地判	行集47巻7・8号632頁	161
8年8月28日	大阪地判	訟月43巻7号1615頁	144
8年10月29日	最判 (三小)	民集50巻9号2506頁	267
8年11月12日	最判 (三小)	民集50巻10号2591頁	155
(平成9年)			
9年2月13日	最判 (一小)	公刊物未登載	104
9年3月25日	東京地決	訟月44巻10号1701頁	274
		判時1605号63頁	
		判夕936号263頁	
9年12月18日	最判 (一小)	民集51巻10号4241頁	230
		判時1625号41頁	
		判夕959号153頁	
(平成11年)			
11年2月26日	最判 (二小)	判時1674号75頁	186, 187
		判夕1001号84頁	
11年3月14日	東京高判	訟月47巻4号706頁	191
11年9月13日	長崎地判	訟務時報302号30頁	184, 188
11年11月9日	最判 (三小)	民集53巻8号1421頁	183
		判時1699号79頁	
		判夕1021号128頁	
11年12月21日	福岡高那覇支判	訟月47巻12号3587頁	125
(平成12年)			
12年2月4日	東京地判	訟月47巻1号164頁	158
12年2月8日	東京地判	訟月47巻1号171頁	159
12年12月11日	東京地判	訟月47巻11号3347頁	153
(平成13年)			
13年6月5日	千葉地判	公刊物未登載	184, 188
13年6月28日	広島高判	公刊物未登載	40
13年10月15日	東京地判	訟月48巻10号2401頁	153
13年10月30日	東京高判	判時1781号102頁	267
(平成14年)			
14年7月9日	最判 (三小)	民集56巻6号1134頁	229, 254
14年9月20日	千葉地判	訟月49巻4号1149頁	181
14年11月28日	福岡高判	訟月49巻10号2891頁	21, 123

裁判例索引

14年12月27日	京都地判	訟月50巻5号1415頁	159
(平成15年)			
15年6月24日	大阪高判	判時1843号77頁	144
(平成16年)			
16年4月23日	最判 (二小)	民集58巻4号892頁	244
		判時1857号47頁	
		判夕1150号112頁	
16年11月11日	高松高判	訟月51巻8号2076頁	144
(平成17年)			
17年9月7日	大阪高判	公刊物未登載	144
17年12月16日	最判 (二小)	公刊物未登載	122, 144

事項索引

事項索引

(五十音順)

【あ】

明渡執行276
 明渡断行の仮処分30, 215, 226
 字限図42, 45, 47

【い】

一条法律263
 一般公共海岸区域22, 233, 290
 入会権63, 65

【う】

海と陸地との境界15
 埋立地の所有権の帰属20
 売払い99, 131
 売払契約の無効137
 売払いの効力が生じる時期136
 売払いの法的性質134

【か】

解散した公益法人の残余財産113
 改正地券41, 47, 48
 改租図42, 47
 海浜地9, 21, 231, 232, 290
 海面下(海底)の地盤
14, 120, 124, 126, 231
 河川区域の不法占拠工作物263
 河川敷地115, 163, 241
 河川法施行法4条115
 カタカナ法律263
 仮処分215, 217, 274

官民有区分

.....24, 35, 36, 41, 48, 51, 56, 60
 官有地49, 56
 管理条例231, 265
 官林境界踏査内規167, 169

【き】

機関委任事務2, 11, 283
 企業用財産1
 期日呼出状の不送達244
 機能管理2, 11, 283
 機能管理権12, 251, 254, 264
 寄附87
 旧軍が買収した未登記財産107
 旧土地台帳附属地図14, 70, 72
 境界165
 境界確定協議
 157, 166, 171, 173, 175, 176, 178
 境界確定協議につき権限を
 有する者172
 境界確定協議の契約の要素
 の錯誤178
 境界確定協議の効力175, 176
 境界確定協議の法的性質171, 176
 境界確定決定166, 173
 境界確定訴訟
28, 166, 180, 295, 297
 境界確定訴訟における当事
 者適格183, 187
 境界確定訴訟における和解204
 境界確定訴訟の法的性質180
 境界確定の立証方法80, 206
 境界査定167, 169
 境界の一部についての境界

事項索引

確定の訴え	190
境界標識	80
境界木	80, 206
境界明示	168
行政財産	1, 4, 131
行政財産の時効取得	141
行政財産の不法占拠	216
行政上の義務の履行を求める	
(民事) 訴訟	229, 254
行政代執行	225, 231, 258
共有者の一人が相続人なく して死亡した場合	111
近代的土地所有権	35, 36, 44, 49, 51, 56

【く】

空中写真	207
国が原告となる訴訟	29
国が被告となる訴訟	31
国による時効取得	102

【け】

契約書作成	93, 97, 136
契約による国有財産の取得	87, 97
原状回復命令	216, 254
兼用工作物	236

【こ】

公益法人の解散	102
交換	87, 90
公共海岸	290
公共用財産	1, 21
公共用財産の時効取得	145
公共用物	9
航空写真	80, 207
皇室用財産	1
公図	14, 69, 72

公図の証明力	78
公図の評価	77
更正図	42
公法上の境界	31, 165, 171, 196, 204
公務員宿舎	224
公用財産	1
公用物	9
国土調査法による地籍図	82
国有財産	1
国有財産訴訟	27, 292
国有財産の管理に関する法令	7
国有財産の喪失	131
国有財産の不法占拠	215
国有財産の分類及び種類と その管理機関	1
国有地と民有地との境界確定	166
国有地の時効取得	141
国有林野	5, 234
湖沼	23
国庫帰属手続	109
固有必要的共同訴訟	64, 183

【さ】

債権者代位権	186
財産管理	2, 11, 172, 283
財産管理権	12
財務大臣への協議	92
下戻し	38, 42, 48
下戻処分	48, 51
下戻不許可処分	51
棧橋	231

【し】

時効援用権の喪失	157
時効取得	102, 141, 144, 184
時効取得と課税	160
時効中断事由	106

時効利益の放棄	157
自主占有	103, 144, 147, 154
地所名称区別改定	47, 48, 55, 56
自然海没地	14
自然隆起地	124, 125
自治事務	3, 12, 283
執行費用	276, 279
指定代理人	139, 292
指定代理人の権限	139
私法上の境界	165, 196, 204
借地借家法の適用	224
社寺領	58, 59
社寺領上知令	59
集団和解	200
主張境界線が一致する場合	193
出資財産	5
14条地図	69, 83
授權決定	277
準行政財産	5
準公共用財産	5
準公用財産	5
準用河川	22
使用許可	159, 221
使用許可の撤回	221
譲与	162
譲与対象となる法定外公共用物	286
譲与手続	287
除却命令	254, 266
上知跡地処分	60
使用料相当額	226, 238, 241
処分禁止の仮処分	30, 215, 280
所有権確認訴訟	28, 145, 294
所有の意思	103, 147, 150, 151, 154
人工海面	14
壬申地券	40, 43, 47

【す】

随意契約	135
------	-----

事項索引

水没した土地	163
図面	69

【せ】

絶家財産	109, 115
占有移転禁止の仮処分	30, 215, 217, 226, 280
占有権に基づく明渡請求	251
占有訴訟	231, 251
占有の継続	105, 146
占用料徴収	239

【そ】

相続財産の国庫帰属時期	112
相続人欠乏	110
相続人不存在	102, 109, 114
贈与	88
訴額	219
訴訟告知	28, 32, 181, 197

【た】

他主占有権原	147, 149, 156
他主占有事情	147, 151
脱落地	24, 38, 48, 49, 54, 56
建物の一部収去	277
田原湾干潟訴訟	15, 120, 126
ため池	9, 23
断行の仮処分	30, 226, 274

【ち】

地押調査	42, 72
地押調査図	72
地券大帳(地券台帳)	41, 43, 45
地図混乱地域	200
地図に準ずる図面	69
地籍図	69, 82

事項索引

地積測量図	69
地租改正	37, 44
地租改正事業	35, 36, 40, 44, 47, 48, 73
地引絵図	43, 45
地方分権一括整備法	2, 11, 53, 162, 283, 290, 292
地方分権推進計画	283

【て】

提供財産	6
------	---

【と】

登記名義人と実質的所有者	247
当事者適格	32, 181, 183, 295
道路占用許可	266
土地宝典	81

【な】

縄縮み	73
縄延び	73

【に】

二線引畦畔	14
認定外道路	14

【の】

野取絵図	47
------	----

【は】

排他的総括支配権	20
払下海面	14
払下げ申請	157

【ひ】

筆界	165, 168, 210
筆界調査委員	211, 213
筆界特定制度	168, 210
筆界特定登記官	168, 211, 213

【ふ】

不在者財産管理人	94, 95
普通河川	22
普通財産	1, 4, 131
普通財産の売払い	134
普通財産の管理処分機関	132, 138
普通財産の時効取得	141
普通財産の不法占拠	215
物納	102
物納財産の国庫帰属時期	108

【ほ】

封建的土地支配	35
放置自転車	268
法定外公共物	10
法定外公共用財産	9
法定外公共用物	2, 9, 53, 283
法定外公共用物の譲与手続	287
法定受託事務	3, 11, 283
法令の規定による国有財産 の取得	102
没収された財産の国庫帰属	117

【み】

三田用水事件	39, 49, 57
未定地	38, 48, 54, 56
民事訴訟手続に必要な費用	280
民事保全手続に必要な費用	279
民有地	38, 41, 48, 56

事項索引

【む】

無過失	145
無願埋立地の所有権	120
無主の不動産	102, 109, 114
無償貸付け	7
無番地の土地（不動産）	53, 166

【も】

黙示の公用廃止	142, 144
目的外動産	276

【よ】

用途廃止申請	157
予定公物	143
寄洲	123

【り】

里道	14
立木の代採	234

【わ】

和解	139, 177, 182, 200, 204
----	-------------------------