

論 説

公物をめぐる近時の諸問題
——公共施設の登記を中心として——

首 藤 重 幸

1. はじめに
2. 公物の登記をめぐる問題の原点
 - (1) 供用開始行為後の第三者の登記
 - (2) 供用開始行為前の第三者の登記
 - (3) 「黙示の供用開始行為」論の登場
3. 法定外公共用物の譲与
 - (1) 法定外公共用物の譲与
 - (2) 世田谷区二線引畦畔事件
4. 市の道路占有権にもとづく予防的妨害排除請求権
 - (1) 最高裁平成18年2月21日判決
 - (2) 最高裁判決の評価
5. 公共施設の登記をめぐるその他の問題
 - (1) 公共施設における借地と登記
 - (2) 公共施設建設のための所有者不明土地の取得
 - イ) 認可地縁団体が所有する不動産に係る登記の特例
 - ロ) 土地収用法の不明裁決と登記
6. さいごに

1. はじめに

(1)
公共施設の建設・設置については、その取得した敷地の所有権や借地上

の建物についての登記を経由しておかなければ、当該敷地の所有権や借地権を第三者に対抗できない事態が生じる。その結果、当該所有権等が第三者に移転した時期や背信的悪意者等の認定にかかわる状況しだいでは、公共施設の使用を停止しなければならない結果も生じうる。

かつて、都市計画法40条2項をめぐって発生している問題について検討した論稿を公表したことがある⁽²⁾。そこでは、道路や公園などの公共施設については登記なくして、その敷地の所有権等を第三者に対抗できるとの誤解や、そもそも都市計画法40条2項の行政側の無理解から発生していると考えられる紛争を取り上げて検討対象とした。本稿は、登記の問題に関連して発生している公共施設(不動産公物)をめぐる問題を、上記の論稿で検討対象とした事例の発生時点以降に現れた紛争等を主として取り上げることで、再度、検討することを目的としている。

本稿での検討の前提としている都市計画法40条2項をめぐって、かつて公表した論稿で検討した登記にかかわる事件とは、どのような内容のものであったのかを、まずは簡単に振り返っておきたい。

都市計画法40条2項は、開発許可を受けた開発行為又は開発行為に関する工事により設置された公共施設の用に供する土地は、開発許可を受けた者が自ら管理するもの等を除いて、知事が工事完了を公告した日の翌日⁽³⁾に、当該公共施設を管理すべき市町村に帰属すると定めている(原始取

(1) 都市計画法4条14項は、公共施設を「道路、公園その他政令で定める公共の用に供する施設をいう。」と定義している。そして、同法の政令は「下水道、緑地、広場、河川、運河、水路及び消防の用に供する貯水施設」(同法施行令1条の2)を公共施設としている。この意味での公共施設は、公物論における公共用物(公共用財産)に属するものである。公物をめぐる登記(未登記)の問題の多くは、これらの公共施設のなかの(特に自治体の管理する)道路と公園をめぐって発生している。しかし、この範囲に入らない二線引畦畔や公用物(公用財産)たる庁舎・公務員宿舎についても直接、間接に登記に関連する問題が生じている。本稿で使用する公共施設たる用語は都市計画法の定義よりも広い不動産公物の意味で使用するが、これは都市計画法4条14項の公共施設が検討対象の中心となることと、不動産公物という用語が日本の社会において一般的なものではないことを考慮したものである。

(2) 拙稿「都市計画法40条2項の研究」(早稲田法学81巻3号・2006年)1頁以下。

得)。この規定により、開発行為によって設置される公共施設（道路・公園等）の敷地の所有権は、原則として、工事完了公告の翌日に、開発業者から自治体に移転することになる。しかし、自治体に帰属した後も公共施設敷地が未登記という状態が続くなかで、資金繰り等に苦しむ開発業者が当該公共施設の敷地を第三者に売却し、当該第三者による登記が經由される⁽⁴⁾というような事態が発生する。さらには、市町村の所有となった未登記の公共施設の敷地（登記簿上の所有者は被担保権者である開発事業者）に金融機関からの根抵当権利設定登記がなされるという事態なども発生する所となっている⁽⁵⁾。判例は、都市計画法40条2項により市町村に移転する公共施設敷地の未登記から発生する諸問題については、民法177条が適用をされることを前提にしている。それゆえ、未登記敷地の所有権が第三者に移転して登記が經由されたという場合、その所有権の所在は民法177条の規定⁽⁶⁾にもとづく登記の対抗力の問題として判断されることとされている。

(3) 当該公共施設を、市町村が第一号法定受託事務（地方自治法2条9項1号：法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであつて、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定める事務）として管理する場合には、当該施設は国に帰属するものとなる（都市計画法40条2項括弧書）。

(4) このような事態が発生した典型的事例として、新発田市公園用地登記名義回復請求事件（新潟地裁新発田支部平成15年12月19日判決・判例地方自治256号55頁、その控訴審判決である東京高裁平成16年8月31日判決・判例地方自治256号47頁）がある。この事例の経緯については、馬橋隆紀・後藤由喜雄「登記ミスが招いた黒い介入：公園用地の第二取得者を背信的悪意者と認める」（判例地方自治262号、2005年）5頁以下参照。

(5) これは静岡市公園用地未登記住民訴訟（東京高裁平成16年2月4日判決・判例時報1872号58頁）の事例であるが、根抵当設定登記をめぐっては、当該不動産競売請求の執行停止等を求める訴訟を提起した静岡市と根抵当権者の金融機関の間で、静岡市が5500万円を支払うことで本件土地の根抵当権設定登記を抹消するとの和解が成立している。なお、この支払いに関連して住民訴訟が提起された経緯と判決については、拙稿・前掲（注1）15頁の注（15）、田村泰俊・判例評論（判例時報1891号・2005年）186頁以下参照。

(6) 都市計画法40条2項により市町村に帰属した公共施設敷地については、私法

2. 公物の登記をめぐる問題の原点

以上のような都市計画法40条2項をめぐる未登記の法的問題を考えるさいの理論的基準となるのが最高裁昭和44年12月4日判決(民集23巻12号2407頁)である。この昭和44年最判は、また他の公共施設(不動産公物)をめぐって多様に発生する未登記の法的問題を考えるうえでの基準点(原点)となるものでもあり、当然に、本稿の理論的土台ともなっているものである。この最判事例は、以下に紹介するように、道路敷地が未登記のまま供用(公用)開始行為(以下、供用開始行為の用語を使用する)がなされ、その「後」に当該敷地につき第三者による登記の経由がなされたもの

上の取引関係に入ることを想定していないのであり、民法177条の適用はなく、登記なくとも登記を経由した第三者に対抗できるとする説もある(吉原節夫「土地公法と民法177条」(法務省法務総合研究所編『不動産登記をめぐる今日の課題』所収・1987年・169頁以下、同「公共施設用地と民法177条」民事研修351号・1986年・18頁以下)。この適用否定説は、都市計画法に道路法4条のような私権行使制限規定がないことから、市町村が登記なくして対応することができなければ、公共施設の維持ができないとの点を論拠の一つとしている。しかし、都市公園法40条2項により取得した道路や公園等の公共施設につき、迅速に供用開始行為の告示をおこなうことで、市町村は道路法や公園法による私権行使制限の状態を発生させることになるのであり、都市計画法に道路法4条に相当する規定がないということは適用否定説の論拠にはならないように思われる。また、適用否定説は、都市計画法40条2項の対象となる公共施設は、帰属の前に工事が完了しており、私的取引の対象とされる土地でないことが現地を見れば明瞭であり、民法177条が適用されないとしても取引の安全のために要求される公示原則の要請に反するということはないとも主張している。しかし、40条2項にかかる未登記問題の実際の紛争事例には、工事が完了する前、もしくは工事さえなされていない段階で工事完了公告がなされているというケースもある。このようなことから、現地を見れば明瞭という状況が常に存在しているとはいえない。適用否定説の主張する諸論拠は、民法177条の適用を前提とした「背信的悪意者論」の判断のなかで検討されることで十分に対応できるように思われる。嘱託登記による都市計画法40条2項にかかわる市町村の登記事務の負担(少なくとも同法40条2項にかかわる登記については、他の場合に一般的に必要な境界確定のために要する事務量や費用は大きくないであろうから)も、取引の安全のための民法177条の適用を否定するほど大きなものではないであろう。

である。そして、この最判の論理から、供用開始行為の「前」に第三者による登記の経由がなされた場合の当該処分⁽⁷⁾の効力についても特定の結論が導かれるものと考えられるが、この「前」の事例を扱った下級審判例があり、それについても以下で言及する。

（１） 供用開始行為後の第三者の登記

昭和44年最判の事例は、道路用の土地として寄付（贈与）された土地につき、道路法所定の手続きを経て道路工事が完成したのちに供用開始行為が告示の形式でなされた。しかし、寄付を受けた道路についての登記がなされなかったことから、寄付された土地は当初の寄付者の相続財産として相続人に所有権が移転・登記され、さらに数度の相続があったのちに、何度かの売買を経てAが所有権を取得して登記を経由した。そのような経過を経てAは、本件道路管理者であるB市に対して、B市はなんらの権原なく不法に本件土地を市道に供用して、Aによる当該土地の使用収益権の行使を妨げているとして損害賠償を請求するとともに、高裁段階からは損失補償の請求も追加した。

普通財産たる土地について道路工事を完成したとしても、これが行政財産（公物）たる道路法上の道路としての法的性格を有するためには、道路法の定める手続きを経ながら行政処分としての供用開始行為が必要となる。そして、この供用開始行為が有効に成立するためには、当該物件についての一定の権原（所有権、地上権、賃借権その他の支配権）が必要である。判例・学説においては、この権原なくしてなされた供用開始行為は無効であるとするのが（現在に至るまでの）判例・通説⁽⁷⁾である。この権原の存在の要求について、供用開始行為の時点で、この権原について第三者への対抗要件を備えておく必要があるかが問題となる。昭和44年最判の事例では、供用開始行為の時点において本件土地の登記簿上の所有権者が寄付者以外の者に移転していたという状況にはなっておらず、供用開始行為がな

(7) 原龍之介『公物营造物法』（新版増補・1984年）71頁ほか。

されたのちに寄付者（さらに、その相続人）から第三者に所有権が移転し、その登記が経由されたという事情になっている。この事情のもとで、最高裁判決は、「他人の土地について何らの権原を取得することなく供用を開始することが許されないことはもちろんである」が、本件の場合は、道路法上の手続きを経て「当初適法に供用開始行為がなされ、道路として使用が開始され」ていると判示した。このような理解が前提とされる限り、供用開始行為後に「道路管理者が対抗要件を欠くため右道路敷地の使用権原をもつて後に右敷地の所有権を取得した第三者に対抗しえないこととなっても」、本件道路は道路法上の道路としての性格に変化はないことになるとの結論が導かれるのは当然である。そして、有効な供用開始行為の後に道路敷地の所有権を獲得して登記を経由した者は、道路としての効用を制限するような私権の行使が禁止された土地（所有権）を獲得したということになる。この観点から最高裁判決は、損害賠償ばかりか損失補償の請求をも棄却した⁽⁸⁾。

(8) この昭和44年最判は、道路法上の道路の敷地が私法上の取引の対象となることを前提としているが、これは道路法4条の但書（「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、又は抵当権を設定し、若しくは移転することを妨げない。」）から導かれるところである。さらに、公物（本件では道路）管理について私権の行使をする公物管理権の根拠について本件最判が、道路敷地の所有権にもつくものではなく、道路敷地が公の用に供せられた結果によって発生するものとして、公物管理権の根拠につき「公所有権説」に立たないとも考えられる理解を示していることは、本件事件の性格に影響されている点があるとはいえ注目される。この点も含め、この昭和44年最判の評価については、福永実「道路供用開始」（別冊ジュリスト・行政判例百選Ⅰ（第6版）、2012年）134頁、宇野栄一郎『最高裁判所判例解説（民事篇）昭和44年度（下）』（1971年）608頁以下、高木光「道路供用開始」（別冊ジュリスト・行政判例百選Ⅰ（第4版）、1999年）140頁以下等参照。

なお、行政法学における公物論は、財政財産（普通財産）と公物（行政財産）を分離して、財政財産については行政契約論や住民監査請求・住民訴訟との関連で検討対象としてきたが、基本的に民法学の検討領域に属するものとしてきた。しかし、2014年6月26日の関西電力株主総会において、大阪市（株式所有9%）と神戸市（同3%）の両市長が原発の再稼働に反対する主張をおこなった。この事件は、

損害賠償請求の否定については、本件道路敷地についての私権行使の制限が適法な供用開始行為によるものであり、適法な行為に対しては損害賠償請求が認められないとのことから、異論のないところであろう。しかし、適法な行為でも、それによって損害が生じている場合には損失補償請求が認められるかが問題として残されている。この損失補償の点につき昭和44年最判では、第三者が取得して登記を経由した本件土地所有権は、道路敷地として道路法による制限が加えられた状態の所有権であり、第三者が「取得した後あらたな制限が加えられたものではない」から、本件道路敷地について、それが道路敷地として使用されることによって補償を請求することができる損失をこうむったものとはいえないとした⁽⁹⁾。しかし、一般的には、補償の対象になるのは権利を取得した後に新たに加えられた制限に限るということはできない⁽¹⁰⁾。道路法4条による道路敷地の所有権を私人が有する場合の私権行使制限は、当該私人が道路敷地に建物を建てたり、道路敷地の明渡し請求をしたりすることを制限するものであり、権利制限による金銭補償を抑制する趣旨とは考えられない⁽¹¹⁾。道路敷地の所有権が、善意の第三者や、第三者が背信的悪意者であるとしても、その者からの善意の転得者に移転し登記が経由された場合、道路法4条による転得者への私権制限は「取得した後あらたな制限が加えられたものではない」からとして、どのような取得の事情があろうとも損失補償を認めない⁽¹²⁾とすること

普通財産（株式）について、従来にない興味ある行政法上の問題を提起しているものと思われる。

(9) この損失補償を否定する最高裁の考え方は、同種の事件の大阪地裁堺支部平成4年9月25日判決（判例タイムズ802号126頁）でも、損失補償請求を棄却する論理として繰り返し使用されている。

(10) 柳瀬良幹「最新判例批評」（判例時報593号、1970年）127頁。

(11) 広岡隆「道路法4条の私権制限と損失補償」（法と政治44巻2号、1993年）379頁以下。

(12) 上記の（注9）で紹介した大阪地裁堺支部平成4年9月25日判決は、第三者が本件道路敷地を「取得した際の具体的な事情は必ずしも明らかではない」としながら、当該取得前に適法な供用開始行為による私権制限が存在しているから損失補償を考慮する余地はないものと判示している。

はできないであろう。道路法4条も、供用開始行為によって私権制限がなされた道路敷地の所有権が私人間で移転することは認めているのであり、そもそも道路管理者が道路敷地の所有権を取得した当初に登記を経由しておけば問題が生じることはなかったのであるから（取引の安全のために不可欠の登記（制度）を道路管理者が懈怠したことから混乱を生じさせたとはいえる）、損失補償の可能性を全否定するべきではないであろう（ただし、損失補償額の算定方法については、多様な考え方がありえる）。

（2） 供用開始行為前の第三者の登記

上記の昭和44年最判のような事例で、供用開始行為よりも「前」に道路敷地の所有権が第三者に移転し、登記が経由されたという場合には、その後になされた供用開始行為は無効という結論が導かれることになると思われるが、これが問題とされた興味深い裁判例（神戸地裁昭和62年10月26日判決・判例タイムズ680号134頁）がある。

廃止前の宅地造成事業法には、前述の都市計画法40条2項（開発行為により設置された公共施設に供する土地は、開発業者が自ら管理するものを除き、工事完了公告の翌日に、公共施設を管理すべき者に帰属）と同様の規定が置かれていた。宅地造成事業にかかる工事が終わり、昭和48年8月21日に工事完了公告がなされたので、C社が当該事業で造成した公園の所有権が翌日の同月22日にD市に移転した。しかし、D市が本件公園敷地の登記をしないままであったところ、昭和50年11月19日にC社は本件敷地をEに売却し、Eは登記を経由した。その後、本件敷地には譲渡担保が設定され、担保権者Fに所有権が移転するとともに譲渡担保を原因とする登記がなされた。

以上のような経緯ののち、FはD市を被告として本件敷地の所有権確認訴訟を提起し、昭和58年3月11日に最高裁判決においてFの所有権が確定するところとなった（上告棄却）。これに対して市長が、同年3月23日に都市公園法にもとづき本件公園の供用開始行為をおこなったので、F

が市長を被告として供用開始行為の取消訴訟を提起した。この取消訴訟の第一審の神戸地裁は、以下のように述べて本件供用開始行為は違法であると結論付けた。⁽¹³⁾

都市公園法に定める都市公園の開設には、その管理者となる者による供用開始の告示を行うことが必要である（同法2条の2）が、他人所有地につき何らの権原を取得することもなくなされた公園供用開始告示処分は違法と解すべきである。D市は、供用開始行為の告示の時点で本件敷地の本件土地所有権取得を原告Fに対して対抗しえなくなっており、また所有権に代わる他の権原も取得していない。市長は、原告Fの本件土地につき権原に基づかずに供用開始告示処分を行ったものといわざるをえず違法と解すべきである。

以上のような結論は、権原なくしてなされた供用開始行為は無効であるとする従来判例・学説からすれば当然のもとして導かれることである⁽¹⁴⁾が、この判例との対比で上記の昭和44年最判（供用開始行為後の第三者の登記）の意義がより明確となる。

（3）「黙示の供用開始行為」論の登場

道路や公園などの公共施設の敷地が未登記である場合の、供用開始行為と第三者による当該敷地の取得・登記との法的関係は、上記のとおり供用開始行為が第三者の登記の前か後かによって判定が異なってくる（第三者が背信的悪意者であると判定される場合を除く）。

この関係で、「黙示の供用（公用）開始行為」を認めた東京高裁平成26

(13) 控訴審の大阪高裁昭和63年3月31日判決（行集39巻3・4号191頁）も、神戸地裁の判示をそのまま認めるかたちで控訴を棄却した。

(14) この判決を疑問とするものに、荒秀「行政判例研究」（自治研究65巻3号、1989年）116頁以下があるが、そこでの工事完了公告に事実上の供用開始行為としての効力を認め、後の（都市公園法による）供用開始行為の成立要件たる公告は、事実上の供用開始行為の追認と考えるべきとする説は、公物論に無用な混乱をまねくおそれがあり妥当ではない。

年 5 月 28 日判決 (判例時報 2227 号 37 頁) に注目せざるをえない。黙示の供用開始行為という考え方が認められることになれば、供用開始行為がなされた時点の確定が不明確となり、供用開始行為が第三者の登記の前か後かで判定する従来の基準を適用することが著しく不安定になる可能性も考えられる。

ただし、この東京高裁の事例は、市は道路敷地の所有権の登記を経由しているが、明示的な供用開始行為がなされていないことから、当該道路敷地を占有していた者が時効取得を主張したという事案である。自治体が道路用地として寄付を受けた土地についての登記を経由している場合でも、供用開始行為をしないままに放置をしていれば、当該土地は普通財産のままであるから、登記を経由していても時効取得により道路敷地が第三者に取得されるという場合が生じることになる。事案は以下のようなものであるが、係争土地の形態や利用状況の認定の差異が第一審と第二審の判決の差異を導いている。

所有者が市民に自由な通行を認めていた土地 (本件通路) が昭和 37 年に自治体に寄付され所有権の登記が経由されたが、自治体は引き続き、路線認定 (供用開始行為) のないまま、市民の自由通行を認めていた。このような状況のもとで、昭和 47 年に A 会社がこの土地の一部に建物を建設 (排他的占有の開始) して占有を継続し、同年からの 10 年、もしくは 20 年の占有の継続によって時効取得が成立したものとして、時効取得を原因とする所有権移転登記を請求する訴訟を提起した。

高裁判決は、本件通路を、明示的な供用開始行為がないことから、まずは普通財産であるといわざるをえないとしながら、寄付された昭和 37 年以降も公衆の自由な通行を認め、道路としての形態・機能も維持されていたのであり、自治体は、将来的には道路として供用開始行為をする意図をもって、自由な通行を黙認していたとする (当時の地域の再開発の可能性との関係で、道路として活用される高い可能性があったと認定している)。このような認定を基礎に高裁判決は、本件通路は「予定公物」であり、昭和 37 年

に寄付を受けた時点で、市有通路を事実上の道路として公衆の自由な通行に供するという内容の事実上の「黙示の供用開始行為」を決定したというべきであるとし、現在も道路としての形態、機能を有しているとした。そして判決は、以上のことから、現に公共の用に供されている公有財産について取得時効が成立することはないと結論づけた。⁽¹⁵⁾

このように、高裁判決は黙示の供用開始行為を設定し、判決時において黙示の公用廃止行為があったと認定すべき事情もないことから、「公物に時効なし」の判例理論にもとづき、時効取得の主張を退けた。本件の土地は里道（道路法による道路に認定されていない認定外道路のうち、公図上で赤い帯状の線で表示されているもの）ではないことから、予定公物、黙示の供用開始行為という概念道具を使用しなければ私人の時効取得を阻止できなかった事案である。⁽¹⁶⁾

判決（一審も含めて）のいう「予定公物」の意味は明確ではない。予定

(15) この第一審判決（長野地裁長野支部平成25年10月30日判決・判例時報2227号44頁）は、本件通路を予定公物と把握したうえで、予定公物の取得時効が成立するか否かは、当該予定公物が、どの程度の公物としての形態を備えているか、さらに、その公共性の実質、公共的必要性等を総合的に検討して、取得時効の適用を排除するに足りる合理的理由があるかどうかを個別的に検討すべきとする。そして具体的認定として、本件通路が袋小路であること、舗装などの道路管理が行われたことがないこと、さらには道路計画の立案も長期間にわたってなされていないことなどから、道路予定地としての公共的必要性は高いものとはいえず、公物に準じて時効の適用を否定するほどの公共性はないとして、取得時効の成立を認めた。本件東京高裁判決を検討するものとして、岩崎政明「法定外公共財産である私有地（現況道路）の時効取得」（私法判例リマックス51（2015〈下〉））14頁以下、土井正典・判例評論（判例時報2250号、2015年）129頁以下がある。

(16) 里道の意義については、實金敏明『里道・水路・海浜』（4訂版、2009年）10頁以下参照。里道にかかわって時効取得が争われた事例は多くあり、紛争の土地が里道の一部であると認定されることになれば、黙示の供用廃止行為があったと判定されるか否かで時効取得の是非が決められることになる。里道の時効取得が争われた事例として、山口地裁昭和55年1月23日判決（訴月26巻3号463頁）、東京地裁昭和60年9月25日判決（判例タイムズ612号49頁）、東京高裁平成3年8月26日判決（訴月38巻4号569頁）、東京地裁八王子支部平成18年10月19日判決（判例地方自治291号80頁）などがある。

公物とは、「公物としての形体的要素が備わらず、したがって、また、公の目的に供用せられるにいたらない前でも、将来、特定の公共の目的に供用すべきことが決定されている土地その他の物件は、これを予定公物⁽¹⁷⁾といひ、普通、公物に準じて取り扱われる」ものと定義される。そして、重要なことは、この公物に準じるための手続的要件と取扱いは、「それぞれの公物管理法の定めを根拠にして行われる⁽¹⁸⁾」ことである。道路法上の道路が予定公物として成立するための要件に関しては同法91条に定めるところである。本事例において判決は、本件通路を「予定公物」であるとするが、判決の事実認定によるかぎり、この係争部分の通路を予定公物と法的に位置付ける同法上の手続き（道路予定区域）がなされているようには思えない。それゆえに、市街地開発にとって本件通路が道路として活用されることが有用との前提に立つ高裁判決は、道路法上の手続きを経由せずに本件道路を、「公物に時効なし」のドグマ（さらには、「黙示の供用廃止行為の不存在」）の適用により時効取得を阻止できる予定公物にするために、事実上の黙示の供用開始行為という道具を持ち出したようにも思える。

本件の高裁判決の論理構成や事実認定には大きな疑問を持つが、公共施設と登記という問題を検討対象とする本稿の問題関心からすると、黙示の供用開始行為という考え方を採用し、この黙示の供用開始行為の効力が時効取得を阻止するためだけの道具ではなく、さらに拡大して適用され、法の定める（明示的）供用開始行為と同様の効力を有するとされることになれば、供用開始行為がなされた時を基準としてきた公共施設と登記の問題に新たな混乱を持ち込むこととなることは確実である。

(17) 原・前掲（注7）79頁。

(18) 道路法令研究会編著『道路法解説』（1994年）541頁、塩野宏『行政法Ⅲ』（第3版、2006年）325頁。

3. 法定外公共用物の譲与

(1) 法定外公共用物の譲与

法定外公共用物は公物管理に関する制定法の規定対象とされていないものであるが、法律の定めがないことから、それをめぐる紛争の法的解決基準の解明にあたっては様々な困難を発生させてきた。この法定外公共用物の代表的なものが、河川法の適用対象外の普通河川、道路法の適用のない道路である里道（りどう）、二線引畦畔（にせんびきけいはん⁽¹⁹⁾）である。

これらの法定外公共用物は、基本的には国有公物であるが、その利用については地方自治体や住民との関わりが強く、管理をめぐる国と自治体の「二元的管理状態」という事態が発生してきており、その管理の経費負担、管理責任、損害賠償請求訴訟等における責任の所在の不明確さから、様々な問題が生じてきた⁽²⁰⁾。このような事態を改善するべく、地方分権推進政策の一環としての国有財産特別設置法の改正により、「現に公共の用に供さ⁽²¹⁾

(19) 二線引畦畔の定義と実態については、寶金・前掲（注16）117頁以下参照。畦畔とは、もともとは「田畑の界にあるもの」を指し、畦畔や法地（のりち）などのうち、公図上2本の実線の長狭線で帯状に囲まれた無番地の土地で、地券や土地台帳等の公簿上に登録された痕跡の認められない土地が二線引畦畔とよばれてきた（寶金・同書117頁）。二線引畦畔は「畦畔」という名前が使用されているものの、一般に、その現地の実態の多くは傾斜地であり、また、一般公衆の利用に供されている農道や畦（あぜ）などが多いといわれている（この実態については、東京地裁平成5年11月30日判決・判例タイムズ873号157頁も参照）。

(20) 公共用財産管理研究会編『法定外公共物の譲与』（2001年）8頁以下。

(21) 平成10年（1998年）5月29日の閣議決定（「地方分権推進計画」）において、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は当該国有財産を市町村（区を含む）に譲与して機能管理及び財産管理ともに自治事務とすることとし、機能を喪失しているものについては国が直接管理事務を執行することが決められた。そして、この閣議決定を実施するために「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」（「地方分権一括法」・平成11年）が定められ、その同法113条によって改正された国有財産特別措置法5条1項が、法定外公共用物に係る国有財産を市町村に譲与するための直接的な根拠規定となった。この国有財

れている」法定外公共用物を市町村に譲与することとし、法定外公共用物の所有権を市町村に移転することで、その管理の権限と責任の範囲を明確にすることとなった。この譲与後の法定外公共用物の管理は、市町村の自治事務となることから、譲与を受けた法定外公共用物は基本的に地方自治法上の「公の施設」となると考えられ、同法244条の2第1項（「普通地方公共団体は、法律又はこれに基づく政令に特別の定めがあるものを除くほか、公の施設の設置及びその管理に関する事項は、条例でこれを定めなければならない。」）により、譲与を受けた財産の管理につき管理条例が定められなければならないということになる。すでに各自治体は、一般的な形での法定外公共用物管理条例の制定や、法定外道路管理⁽²²⁾条例というような個別的管理条例の制定という方法での対応をとってきている。

しかし、この譲与手続については市町村の事務負担の軽減と時間短縮のために、市町村が行う譲与財産の特定や「現に公共の用に供されている」

産特別措置法5条1項は、普通財産を地方公共団体に譲与するという形式になっているが、これは法定外公共用物とはいえ、公共用財産のままでは譲与することができない（国有財産法第18条第1項）ことから、「国が当該用途を廃止」という行為を媒介させることで、普通財産の譲与という法形式をとったものであり、道路や河川の機能を停止させるものではない（この点については、平成11年7月16日蔵理第2592号「法定外公共物に係る国有財産の取扱いについて」を参照）。

(22) 高知市普通河川管理条例事件の最高裁判決（最高裁昭和53年12月21日判決・民集32巻9号1723頁）は、普通地方公共団体が普通河川について条例制定権を有することを認めたとうえで、河川法は普通河川に対して、同法の適用を受ける河川に関する管理以上に強力な河川管理を許さない趣旨であるとの解釈を導き、河川法よりも強力な河川管理の定めを置く高知市普通河川管理条例にもとづいてなされた処分は違法であるとの判断を示した。しかし、普通河川が市町村に譲与され、普通河川管理が市町村の「自治事務」となったことで、譲与後も上記の昭和53年最判の枠組みが維持されるのかについては検討の余地がでてきた。この点に留意が必要と指摘するものとして、市橋克也「普通河川管理条例と河川法」（地方自治判例百選・第3版、2003年）61頁参照。本件譲与後の普通河川の管理についての高知市を含む各自治体の新たな対応に関しては、荏原明則「普通河川の利用と管理の法的課題」（法と政治62巻2号、2011年）1頁以下、南川和宣「普通河川管理条例と河川法」（地方自治判例百選・第4版、2013年）59頁等参照。

かの判定手続等を簡略化し、それらの決定方法については基本的に市町村の判断にまかせることとした⁽²³⁾。このことから、現に公共の用に供されていない法定外公共用物が、調査をされないままに一括して譲渡申請の対象とされ、そのうえ国側の調査もなされないままに市町村に譲与されるケースが生じることになった⁽²⁴⁾。

このような状況のもとで発生した事件の一つが「世田谷区二線引畦畔事件」である。この事例には登記の問題も関係していることから、以下で本件事案に言及しておきたい。

（２） 世田谷区二線引畦畔事件（東京高裁平成20年10月30日判決・判例時報2037号30頁）

この事案は、以下のようなものである。

昭和43年1月にA工務店から甲（原告Xの夫）が購入した建物の敷地の一部（以下、「本件係争地部分」という）は、⁽²⁵⁾公図上、国有である二線引畦畔であった。平成16年10月に相続によって建物と本件係争地部分を含むそ

(23) 「法定外公共物に係る国有財産の取扱いについて」（大蔵省理財局長、改正平成12年12月26日付蔵理第4631号）の「3. 譲与財産の特定方法等について」参照。

(24) 譲与を受ければ測量、登記、管理などにかかわって市町村の財政負担が増大することは避けられないことから、あえて譲与の申請をおこなわない市町村もできるところとなった。これに対しては、自治体が国から譲与を受ける権利を行使しないことは、「財産の管理を違法に怠る事実」に該当すると住民訴訟が提起されている。このような住民訴訟につき大阪地裁平成19年1月31日判決（判例地方自治298号79頁）は、自治体が国から譲与を受ける権利が存在するとしても、これが住民訴訟の対象となる「財産」といえるためには地方自治法237条1項に列記された財産（公有財産・物品・債権・基金）に該当する必要があるところ、当該譲与を受ける権利はいずれにも該当しないとして訴えを却下している。

(25) 不動産登記法14条は、登記所に、いわゆる厳密な「14条地図」を備え付けるものとするが、この地図が整備されていない地域では、「地図に準ずる図面」（同法14条4項）が備えられているのが通常であり、この地図に準ずる図面（広義の公図とよばれることがある）のうち、土地台帳付属地図を公図とよぶのが通常のようなものである。この公図の内容と歴史については、寶金敏明『境界の理論と実務』（2009年）91頁以下、山野目章夫『不動産登記法（増補）』（2014年）70頁等参照。

の敷地を取得した X が、世田谷区を被告として、本件係争地部分の時効取得を理由とする所有権の確認を求めたのが本事案である。世田谷区は、本件係争地部分を上記の法定外公共用物の一括譲与制度にもとづき譲与を受けていたが、その譲与の申請要件である本件係争地部分が「現に公共の用に供されている」かについての調査はしていなかった。

X が相続後に世田谷区に対して本件係争地部分に対する所有権の確認をしたところ、世田谷区は X に買い取りを求めてきた。これまでも世田谷区は、譲与を受けた土地を実際には私人が占有していて、「現に公共の用に供していない」ものと判定されるものについても、買い取りを求める対応をしてきていたからである。世田谷区では、本件訴訟が提起されるまでに、すでに同様の事例で141件（買取り総額 4 億4000万円）の買取請求事例が発生しており、世田谷区内のみでも、さらに譲与された法定外公共用物につき同様の買取請求事例となるであろうケースは約 3 万件も存在していることが伝えられている。

東京高裁は、本件係争地部分については建物が建設された昭和43年1月以降は公共用物としての機能を喪失しており、本件譲与がなければ X は時効取得にもとづく所有権を国に対して主張しえたとする。そして、そのような状態にある本件係争地部分は譲与の対象とすべきではなかったと認定している。このような認定は原審（東京地裁平成20年3月25日判決・判例集未掲載）も基本的に同様であるが、原審の東京地裁は時効取得の請求を棄却した。

原審の東京地裁が、本件譲与の土地につき X の時効取得の成立を認めなかったのはなぜであろうか。それは、不動産を時効取得した者は、時効完成後に旧所有者から当該不動産の譲渡を受けた者との関係では二重譲渡と同様の関係になり、登記なくしては当該譲渡を受けた者に対して、その所有権を対抗できないとの最高裁判決によるものである（最高裁昭和36年7月20日判決・民集15巻7号1903頁、最高裁昭和48年10月5日判決・民集27巻9号1110頁）。本件では、国（旧所有者）に対して時効取得により所有権を

主張しえたはずの X は、時効完成後に当該不動産の譲渡を受けた者（世田谷区）に登録なくして、その所有権を対抗できないということである（しかし、公図上は二線引畦畔とされ、地番も付されていない土地であるから、本件譲与前に時効取得を登記原因とする登記手続にまで進めることは、それほど容易なことではないことが想像できる）。

原審の東京地裁は、この最高裁判決を前提に、X は登記なくして世田谷区に対抗できず、また世田谷区を背信的悪意者ともいえないとして X の請求を認めなかった。これに対して控訴審の東京高裁は、次のように述べて、被控訴人・世田谷区が控訴人 X の登記の欠缺を主張することは信義則に反するとして、X の請求を認めた。

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

このような東京高裁判決の結論については異論のないところであるが、⁽²⁶⁾

(26) この東京高裁判決を検討するものとして、齋藤岳彦・平成21年度主要民事判例解説（別冊判例タイムズ29号、2010年）40頁以下、石田剛・私法判例リマークス40号（2010年）14頁以下等がある。本件係争地部分は道路として使用される可能性がないことから、この所有権を登記なくして対抗しようとする X の権利と世田谷区の権利は二者択一的なものでなく「両立可能」であるといえる。事案は異なるが、権利主張の両立可能性がある場合につき最高裁平成10年2月13日判決（民集52巻1号65頁）は、第三者が背信的悪意者に該当しなくても信義則の観点から登記の欠缺を主張し得ない場合があることを判示している。この最判の考え方を基礎に、信義則の観点から世田谷区は X の登記の欠缺を主張できないと構成されていると考えられることもできよう。上記の平成10年最判の射的距離を含めた評価については、村田

本件係争地部分は法定外公共用物の譲与（贈与）の要件である「現に公共の用に供されている」に該当するものではなかったのであるから、そもそも譲与（契約）が無効という法的構成をもって、本件は依然として国と X との間での取得時効をめぐる問題として解決されるべきとの考え方もありえるように思われる。

この高裁判決については、契約に付された「条件」と「負担」を区別する民法理論が関係しているとも考えられる。贈与契約等に付される一般的に条件とよばれるものには、「条件」と「負担」があり、前者の条件が付された条件付贈与は「条件」が実現しなければ贈与の法的効力が生じないが、後者の負担付贈与は「負担」の不履行があっても、不履行による契約の解除があるまでは有効であり、当然に効力を失わないと理解されている。⁽²⁷⁾ この民法理論を基礎にして、譲与の要件（「現に公共の用に供されている」）を「条件」と理解し、この要件に合致しない本件係争土地部分の譲与（贈与）は無効という構成ができるのではないかということである。しかし、法定外公共用物の譲与の要件が「条件」と「負担」のいずれかという点の区別には困難な点がある。あえて区分するとすれば、譲与手続において、調査を含めた譲与対象物の特定作業が極めて簡略化されていることからして、この要件は「負担」と判断されることになる（譲与手続にかかわる財務省の「マニュアル」などでは、国側から解除という手続きは予定されていない⁽²⁸⁾ようである）。

大樹「登記のない地役権と承役地の譲受人」（別冊ジュリスト民法判例百選 1 総則・物権（第 7 版）、2015 年）122 頁以下等参照。

(27) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法（14）』（1993 年）58 頁参照。この条件と負担の区別は容易ではない場合もあるが、同書は当該区分につき、「A が B と結婚すれば、土地を A に贈与する」との贈与契約の例を挙げ、贈与者と A の間で、A と B が結婚するということを拘束性のある債務とする意思（合意）があれば、それは条件付贈与契約であるとしている。

(28) この譲与要件を民法的に構成すれば「負担」と考えられることになるであろうという点に関連して、興味深い住民監査請求事例がある。広島市は平成 16 年 4 月 1 日付けの国有財産譲与契約により国から法定外公共用物（里道）の譲与を受け

以上のように、世田谷区二線引畦畔事件における紛争は、国の定めた譲与手続の簡素化によって発生しているのであり、世田谷区を背信的悪意者と認定することは無理であると共に、簡素化手続が引き起こした不利益をXに負担させることも妥当ではなく、信義則によるXの主張の容認は法律構成としても、結論としても妥当である。

間接的ではあるが、法定外公共用物の時効取得をめぐって、登記が関係しているともいえる事例であり、本事例は公共施設と登記という本稿のテーマからも興味深い論点を含んでいると考えられる。

4. 市の道路占有権にもとづく予防的妨害排除請求権

市道の管理・維持をおこなっている市は、市道敷地の所有権を有しない状態のもとで、通行を繰り返し妨害する行為に対して、市道に対する民法上の占有権にもとづく予防的妨害排除請求をすることができるかについて

た。しかし、その後になって、本件土地が広島電鉄の鉄道敷として利用されており、里道としての機能を喪失していたにもかかわらず、誤って国に譲与申請していたことが判明したので、平成24年3月29日付けで本件土地を国に返還した（契約形式としては、国有財産譲与契約の変更契約という形式で返還）。

これに対して住民から次のような理由での住民監査請求が出された。世田谷区二線引畦畔事件の高裁判決からすれば、譲与（贈与契約）の締結に際し、既に里道としての機能を喪失していたとしても、国から広島市への譲与が無効になるわけではないことから、広島市が本件変更契約により本件土地を返還したことは、一方的に財産を放棄したことになり、広島市は財産の管理を違法に怠っているとするものである。この住民監査請求の理由は、譲与要件を「負担」と考えて、譲与（贈与）の契約が解除されていないものについては返還の必要がないとするものであろう。

監査（監査結果：平成24年9月27日・広監100027号）の結論は、本件土地の返還（変更契約）に不当・違法な点はないとするものであったが、世田谷区二線引畦畔事件の高裁判決にも言及して、本件広島市による譲与物件の返還は、譲与が無効であることを前提としたものではないので（この部分の指摘は、譲与要件を「条件」と理解して返還したものではないとの趣旨であろう）、本件監査の結論が東京高裁判決に反するという関係にはなく、そもそも本件には無関係の判決であるとしている。

は、従来から論争があり、判例も確定していなかった。道路法43条は、道路を損傷・汚染することを禁じる（1項）とともに、土石や竹木等を道路に堆積して交通に支障を及ぼす行為を禁じている（2項）。この規定に違反する者に対して道路管理者は原状回復を命ずるなどの監督処分をおこない、この監督処分による命令が履行されない場合には代執行もなしうる（道路法71条）。しかし、交通を妨害する目的で、障害物を道路上に設置するという悪質な行為が繰り返される場合、これに対して道路管理者が「予防的」妨害排除措置をとりうる旨の定めは道路法にはない。このことから、道路交通の妨害が繰り返される事態につき、道路管理者は道路敷地にかかる民法上の物権的請求権にもとづく予防的妨害排除請求の可能性を検討することになる。このさい、有効に道路の供用開始行為はなされたが、道路敷地の所有権は第三者に移転し登記が経由されているという場合、その状態のもとで道路管理者は民法上の予防的妨害排除請求をなしうるのかが問題となる（道路敷地の所有権を道路管理者が取得し、登記が経由されて第三者との対抗問題が生じない状態であれば、道路管理者が所有権を基礎とする予防的妨害排除の請求をおこなうことができる点に疑問はないであろう）。この問題が争点とされた事例が、以下に紹介する最判平成18年のケースであるが、本稿の問題関心の第一は、道路敷地の所有権の未登記から発生する諸問題である。本件での、道路管理の事実から占有権を導き出し、それにもとづき道路法では対処できない占有権にもとづく予納的妨害排除請求という方法を自治体が考えざるをえなかった原因の一つに、道路敷地の未登記という事実がある。

（1）最高裁平成18年2月21日判決（民集60巻2号508頁）

国は、明治33年頃に寄付を受けた土地（本件係争土地）を含む道路敷地に道路を開設し、その供用を開始した（本件道路）。問題は、この寄付により取得した土地については未登記のままであったということである。さて、その後の昭和42年3月に、A市が国から本件道路敷の無償貸付け（道

路法90条2項、同法施行法5条⁽²⁹⁾を受け、道路管理者として本件道路を市道として管理してきた（市道＝みなし貸付道路）。現在の本件係争地はA市が管理する市道の一部（幅員7.2m、延長47.8m）であるが、この道路は交通量が多く、バス、タクシーが行き交い、電車の乗降客が往来するという状況にあった。寄付を受けた国が本件係争地の所有権移転登記手続をしていな

(29) この無償貸し付けによる道路は、「みなし貸付道路」とよばれるものであり、民法での使用貸借たる性格を有するものと説明されることがあるが、それとは異なる法的性格を有するものであることは、阿部泰隆『行政法の解釈（第11章 国からの無償貸付け道路敷と住民訴訟）』（1990年）267頁以下、同『行政法解釈学』（2008年）225頁以下が明快に指摘するところである。阿部『行政法解釈学』は、道路法による地方公共団体への道路の「みなし貸付け」（同法90条2項、同法施行法5条）は、国に貸さない自由はなく、法律により当然に成立し、契約終了時には地方公共団体に譲与するのが原則であることから、民法の使用貸借とは異質のものであり、「みなし貸付け＝準所有権」と考えるべきとする（225頁以下）。

なお、阿部『行政法の解釈』は、上記のような考え方から、みなし貸付道路は民法の使用貸借から連想されるような権利性の薄いものではないのであるから、当該道路は住民訴訟の対象となる「財産」であり、管理が不十分な場合には3号請求の「財産の管理を怠る事実」に該当し、不法占拠が放置されているような場合には明渡し請求（現在は、これも3号請求による）の対象にもなるとする。近時、住民訴訟の3号請求をめぐって、公物管理の観点から重要と思われる判例が出てきている。そのなかの興味あるものとして、以下のような対立する裁判所の判断が示されたものがある。

神社の階段や民家の一部が市道を不法に占拠していることに対して、境界確定訴訟を提起しないこと又は不動産登記法131条に基づく筆界特定申請をしないことが「財産の管理を怠る事実」に当たるとする住民訴訟が提起され、横浜地裁平成20年5月14日判決（LEX/DB25440142）は、境界確定訴訟及び筆界特定制度において確定される境界とは、国家が行政作用によって定める公法上の境界であり、土地の所有権の範囲を画する財産境界（＝所有権界）とは概念を異にする（最判昭和43年2月22日判決・民集22巻2号270頁）ものであるから、境界確定訴訟の提起等は財産管理行為といえないと判示（請求棄却）している。これに対し、さいたま地裁平成20年1月30日判決（判例地方自治307号82頁）は、第三者が道路を占有している場合には、その占有の態様として場所的に広がりがあり、恒常性があれば、境界確認をしないことや、同人に対し明渡し請求をしないことは、道路の財産的価値の変更をもたらすものとして、住民訴訟の対象になるとの判断（請求容認）を示している。

い状態が続くなかで、B らが平成 4 年 10 月に本件係争地について売買を原因とする所有権移転登記を経由した。そして、B らは、A 市に対して本件道路敷地の買い取り、もしくは代替土地を要求し、これが拒否されるや、当該道路上に障害物を設置し、本件道路の通行の妨害を繰り返し、これからも妨害を続けるような態度を示していた。これに対して A 市は、妨害が発生するたびに自ら行政代執行により障害物の除去等をする管理対応をおこなってきたが、除去する作業には時間がかかり、その間は道路の通行が阻止されることになる。さらに B らは将来も妨害をする態度を示していることもあり、道路法には妨害予防の権限行使に関する規定がないことから、裁判判決によって道路管理にもとづく占有権を根拠とする妨害予防措置をとる対応方法を選択したものである。

最高裁は、A 市の請求を認めなかった原判決（東京高裁平成 13 年 10 月 30 日判決・判例時報 1781 号 102 頁）⁽³⁰⁾を破棄して、以下のような判断基準を示したうえで、A 市の主張する管理の事実が実際に存在しているのであれば A 市は占有権を有するといえるとして、審理を原審に差し戻した。

「占有権の取得原因事実は、自己のためにする意思をもって物を所持する

(30) 東京高裁判決は、(i) 道路管理者の道路管理権は道路法が与えたもの（法の定める範囲でのみ権限の行使が許される）であり、(ii) 道路管理者に管理機能を有することから当然に民法上の占有権を有することになれば、道路法が管理者に与えた以上の権限を認めることになり道路法が詳細な規定をおいた趣旨が損なわれる、と指摘して、本件道路の道路管理者として機能管理権を行使していることのみを主張するだけでは占有権の存在を認められない判示している。この高裁判決が、A 市は道路管理者として機能管理権を行使していることの主張立証では足りず、それとは別個に、民法上の占有権の取得原因事実を立証する必要がある判示している点からすれば、本件につき A 市に占有権を認める余地はないとしているのでないとも考えられるが、道路管理者としての機能管理権の行使とは「別個」の事実とは何であるのかが不明であり、そもそも管理権行使の具体的内容と分離された占有権の取得原因事実は存在しないと思われる。下村正明「地方公共団体による道路管理と敷地の占有権」（私法リマークス 35（2007 年〈下〉））13 頁は、要件事実論による表現をもって、道路敷占有の成立に必要な最小限の主要事実は道路管理それ自体の事実と、かなり重なりあうことを指摘する。

ことであるところ（民法180条）、ここでいう所持とは、社会通念上、その物がその人の事実的支配に属するものというべき客観的關係にあることを指すものと解される。

そうすると、地方公共団体が、道路を一般交通の用に供するために管理しており、その管理の内容、態様によれば、社会通念上、当該道路が当該地方公共団体の事実的支配に属するものというべき客観的關係にあると認められる場合には、当該地方公共団体は、道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず、自己のためにする意思をもって当該道路を所持するものということができるから、当該道路を構成する敷地について占有権を有するというべきである。」

最高裁は、このような判断基準を示した上で、A市が、本件道路を一般交通の用に供するために、その主張するとおりの内容、態様で本件道路を管理している事実が認められるとすれば、A市は本件道路敷について占有権を有するものというべきであるとした。ここでA市が主張した管理の態様とは次のようなものである。

- (i) 道路法28条に基づき、道路台帳の調製及び保管を行ったこと
- (ii) 同法42条に基づき、昭和45年には道路舗装補修工事を、昭和51年には道路補修工事を、昭和63年には道路舗装工事を行うなど、本件道路を常時良好な状態に保つために必要な維持・修繕を行ったこと
- (iii) 同法第3章第3節に基づき、電線、電話線、水道管等の架設・埋設工事のため本件道路を継続して使用する必要がある場合には、道路の占用の許可を与えたこと
- (iv) 同法71条に基づき、Bらが本件道路について交通妨害行為を行う都度、監督処分を行い、これによってなお原状を回復することができないときには、行政代執行法に基づく代執行をするなど、本件道路の管理、占有をしていること

(2) 最高裁判決の評価

本件事件は、最高裁判決後の差戻審において、Bらが占有妨害をしないこと⁽³¹⁾で和解が成立した。さらに、この事案において注目すべきものとして、本件係争土地にかかわり別訴において国がBらを被告とし、真正な所有権の登記名義回復を求めて所有権移転登記手続を求める訴訟を提起していることである。この別訴において第一審の浦和地裁平成13年3月15日判決(判例集未登載)は、Bらを背信的悪意者として、国は登記なくして本件土地の所有権を対抗できるとして、国の請求を容認した。東京高裁平成14年2月20日判決(判例集未登載)はBらの控訴を棄却し、最高裁平成14年12月10日決定(判例集未登載)が上告棄却および上告不受理決定をしたこと⁽³²⁾で、この浦和地裁判決が確定している。この訴訟は、本来であればA市が国の代理として所有権確認訴訟を提起することが認められるべきであるように思われるが、みなし貸付道路については、代理訴訟は認められないと考えられてきた⁽³³⁾。この国による訴訟提起は、国の本件係争地の所有権確保という通常の目的によるものであろうが、さらにA市の占有権にもとづく予防的妨害排除請求が裁判所で認められるかについては従来の判例動向からして不明確な状況にあったことから、国による所有権を根拠とする予防的妨害請求の準備という側面があったのかもしれない(本件係争地は、法定外公共用物ではないが、市道として重要な機能を果たしていることからすれば、一定の段階で市に譲与がなされていてしかるべきものであったように思われる)。

さて、最高裁判決の構成については、主として二つの点について疑問が提起されている。

第一は、最判が占有権の成立を認めるために、道路台帳の調製・保管、

(31) 大嶺崇「道路管理者である地方公共団体が道路敷地について占有権を有する場合」(民事研修600号、2007年)88頁の「注6」参照。

(32) 三木素子『最高裁判所判例解説(民事篇)平成18年度(上)』(2007年)293頁の「注12」参照。

(33) 寶金・前掲(注16)338頁。

道路の維持・管理、道路占用許可の付与、道路の交通妨害に対する代執行などによる管理・占有の「実績」を要求していることに関するものである。この最判の構成からすれば、交通妨害もなく、占用許可の実績もなく平穩に通行がなされてきた道路が、突然に通行を妨害されたという場合には占有権の成立を認められないことになるのか⁽³⁴⁾ということである。このことから、道路の通行（道路の効用）が害された場合には、「道路供用目的の継続的実現のために、供用維持行為をすべき機会に遅滞なくこれをするための用意（官僚機構と予算措置）」⁽³⁵⁾がなされていることで占有権の成立（自己のためにする意思をもって当該道路を所持する）を認めてよく、実際の交通妨害への対応実績まで要求する必要はないとの考え方が有力に主張されることになる⁽³⁶⁾。

第二の問題として 以上の点とも関連するが、占有権の成立要件につき最判が、「地方公共団体は、道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず」として、道路管理権の存在を占有権の成立要件としていないことがある。通常の場合、行政主体が道路管理権もなく、道路にかかわる管理行為をおこなうことは考えられないことからすれば、この最判の判示部分には違和感をおぼえるところであろう。さらに、道路敷地にかかわる自治体の占有権の成立要件（自己のためにする意思をもって当該道路を所持する）につき、実際の交通妨害への対応や占用許可の付与等についての実績がない場合にも、それらへの対応の組織的準備ができていればよいとする説からすれば、その（妨害行為等への対処）準備を法的に根拠づける道路管理権の存在は不可欠の要件となろう。

この問題に関連するであろう、次のような判例がある。

広島地裁平成11年3月24日判決（判例地方自治227号92頁）の事例は、道

(34) 下村・前掲（注30）13頁、山本隆司『判例から探求する行政法』（2012年）35頁。

(35) 下村・同上13頁。

(36) 山本・前掲（注34）36頁も同旨。

路用の土地（本件土地）の寄付を受けたと誤信した自治体が、道路工事を完成して供用を開始したが、その後も当該土地の登記名義は寄付者のままであったところ、この寄付者の相続人らが、当該土地の所有権確認を求めて訴訟提起をしたというものである。

これにつき裁判所は、寄付があったとは認められないが、⁽³⁷⁾本件土地について所有の意思をもって20年以上も道路として供用・管理してきたとして、自治体の時効取得を認めた。

この時効取得が認められることになれば、その遡及効（民法144条）によって、占有を開始した時点から所有権を取得していたことになり、その後になされた供用開始行為は遡及的に有効に成立したという法律構成になるのであろう。

それでは、寄付を受けたと誤解して道路工事をおこない、供用開始行為をして道路の使用を始めた場合で、占有権は成立しているが、いまだ占有

(37) 本件の事例を簡略化して紹介すると、以下のようなものとなる。村道の付け替えのため、旧道（旧道は国の行政財産であるが、村に無償で貸し付けられていた＝みなし貸付道路）の道路使用を廃止して、主として耕作地であった私人らの土地に新道を建設して道路（新道）としての使用を開始する一方、旧道部分を当該私人らが耕作等に利用するという関係になったが、この旧道、新道の所有権の所在が問題とされた事例である（なお、当該新道は、その後の市町村合併により市道となっているが、この新道部分はみなし貸付道路ではない）。裁判所の認定によれば、当該私人らは、土地の交換がなされたものであり、旧道部分については自分たちが所有権を取得したものと理解していたが、当時の村当局は新道部分が村に寄付されたものとし、旧道部分は単に使用しなくなった部分の使用を当該私人達に認めたものにすぎない（交換したものではなく、当該私人らが所有するものになったわけではない）と理解していた。そして、この新道建設後も、登記や固定資産税の納付は建設以前のものであり、新道の使用開始後も依然として、新道部分の土地所有権の登記名義人と固定資産税の納付者は当該私人らであった。これにつき判決は、旧道部分の土地の所有権については当該私人らに時効取得を認め、新道部分のそれについては村（合併後は市）への寄付の事実は存在しないとしたうえで、市の時効取得を認めた。本件判例を検討するものとして、馬橋隆紀・後藤由喜雄「所有権主張し、道路路上でにらみあい!!」（判例地方自治229号、2002年）15頁以下、山口成樹・判例解説（同235号、2003年）50頁以下がある。

開始から20年を経過していない時点（時効取得による所有権の取得が認められない時点）で、道路としての使用に対する妨害が繰り返される事態が生じたという場合、これに対して道路を維持・管理している者は当該道路利用の住民生活にとっての重要性を考慮して、予防的な妨害排除措置をとることができるかという問題はどうかであるだろうか。実際には寄付をうけていないのであるから、供用開始行為は有効な権原を基礎としないもので無効であり、道路法上の手法は採用できないし、そもそも道路法には予防的な妨害排除手段の規定は存在しない。それゆえ、この仮定のもとでは、道路管理権という根拠をもたない、道路敷地の占有権にもとづく予防的妨害排除請求の手法のみが採用可能となる。このような限界事例においては、上記の平成18年最判の、地方公共団体は、「道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず」、自己のためにする意思をもって当該道路を所持する場合には、当該道路を構成する敷地について占有権を有するというべきであるとの判示が意味を持つてくることになる。しかし、これは限界事例の場合であり、道路供用目的の継続的実現のために、供用維持行為をすべき事態が発生すれば、これに遅滞なく対処するための用意がなされていることで占有権の成立を認める説（この説が正当であるように思われる）からは、占有権の成立には道路管理権の存在が前提とされなければならないということになる。

5. 公共施設の登記をめぐるその他の問題

(1) 公共施設における借地と登記

民法605条は不動産賃貸借の対抗力について規定し、「不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その後その不動産について物権を取得した者に対しても、その効力を生ずる」定める（この登記については、賃借人である登記権利者と賃貸人である登記義務者が共同で申請する必要があり、登記義務者の協力が得られなければ登記ができない）。そして、賃借人のみでは登記

申請ができないことから生じる問題（「地震売買」など）に対処するために、建物保護法が制定され（1909年）、それが現在の借地借家法10条の、「借地権は、その登記がなくても、土地の上に借地権者が登記されている建物を所有するときは、これをもって第三者に対抗することができる。」との規定に引き継がれた（建物登記には、賃貸人の協力は必要がない⁽³⁸⁾）ことから、現在の借地権登記は借地借家法10条によって実現されている⁽³⁹⁾。

さて、不動産登記法47条は、「新築した建物又は区分建物以外の表題登記がない建物の所有権を取得した者は、その所有権の取得の日から一月以内に、表題登記を申請しなければならない。」として、新築建物等の所有者等に不動産の表示の登記を義務付けている。しかし、国・地方公共団体の所有する土地・建物の表題登記の申請義務については、「当分の間」免除するとされている（同法附則9条、不動産登記法の一部を改正する等の法律の附則5条1項）。この表題登記義務の免除理由としては、(i) 不動産登記と土地台帳等の一元化のさい、従前の土地台帳法、家屋台帳法において登記申請義務を課していなかったことを引き継いだこと（土地台帳法において登記義務を免除したのは、国有地は国有財産台帳で管理されることから土地台帳等への登録は二重管理となるとされた）、(ii) 現在でも、国・公有不動産の管理は、国有財産台帳（国有財産法32条1項）、公有財産台帳（国有資産等所在市町村交付金3条3項参照）によっておこなわれていること、(iii) 国・公有財産は、一般的に取引の対象にならないことから、取引の安全という観点からの表題登記義務を課す必要はないと考えられること、等の説明がなされている。

賃貸人である私人との賃貸借契約にもとづいて賃借する借地上に庁舎、

(38) 借地借家法10条1項の制定にいたるまでの経緯については、内田貴『民法Ⅱ [第3版]・債権各論』（2011年）226頁以下等参照。

(39) 山野目・前掲（注25）418頁は、借地借家法10条によって借地権登記の意義は相対的に減ずる関係にあるが、民法605条のもとで不動産登記法81条各号所掲の賃借権の内容をなす事項の公示をしておくことには、それにより法律関係の円滑を図る等の意義が認められることを指摘する。

公務員宿舎等の建物が新築された場合、本件建物が行政財産（公物）ということから賃借権を登記しておかなくても、第三者に賃借権を対抗できるのであろうか。現在、このような取り扱いを定める規定は存在しておらず、私人からの借地上に新築された庁舎や宿舎の賃借権は、原則として登記が経由されていなければ、その後に当該敷地の所有権を取得した第三者に対抗できない（例外的に、当該第三者が国や自治体の賃借権登記の欠缺を主張することが権利濫用とされる場合がある）。このことから、借地上に建設された庁舎や公務員宿舎等については、まず建物の表題登記をおこなったうえで、借地権もしくは建物の所有権の保存登記がなされるべきことになる。不動産登記法附則9条が、国・地方公共団体の所有する土地・建物の表題登記を「当分の間」免除すると規定していることから、国・地方公共団体はみずからの借地権を、当該借地権（もしくは建物）の登記なくして第三者に対抗し得るとの結論を導くことは無理であろう。

会計検査院は、平成20年度の省庁別の会計検査において、林野庁長官宛てに、「借地に新築等した庁舎等の建物について登記が必要となる場合を明確に定めることなどにより、国有林野事業を実施するために設置されている森林管理署等における国有財産の管理が適切に行われるよう」にとの改善を要求している（平成21年10月9日付け）。この改善要求は、国の所有する土地又は建物が、国有財産台帳に記載されていることなどの理由から、不動産登記法による表題登記の申請義務の適用が除外されているが、借地上の建物については登記がなされていないければ、その借地権は第三者に対する対抗力を有しないことを確認したのち、「民有地に新築等した森林管理署等の建物について、財産の保全のため第三者に対する対抗要件を備える必要があるかどうかについて十分検討することなく、登記の嘱託を行わないままとなっているものが多数ある事態は、国有財産の管理として適切ではなく、改善を図る要があると認められる。」と指摘している。同様の趣旨の会計検査院からの改善要求が、平成19年度は法務省所管の国有財産につき、そして平成22年度は防衛省所管の国有財産について出されて

いる。

(2) 公共施設建設のため所有者不明土地の取得

大規模な自然災害が多発する日本において、復興事業をすすめるために必要な公共施設建設のための用地取得のさい、その用地の所有者が不明なため、用地所得が円滑に進まず、復興事業が遅延するという問題が従来から生じていた。この問題は、広範囲に深刻な大被害をもたらした東日本大震災に対する復興事業を進めるなかで、より深刻な形で出てきている。国土交通省は、2012年、復興事業を円滑に進めるために、所有者不明土地への対策方法をまとめた『土地所有者情報調査マニュアル』(以下、「マニュアル」という)を公表した。そして、2016年3月には、所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会による『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探求・利活用のためのガイドライン(第1版)』(以下、「ガイドライン」という)が公表されている。そして、これらのマニュアルやガイドラインで紹介されている事例に示されているように、所有者不明土地の存在によって発生する問題は今回の東日本大震災の復興事業に特有のものではなく、従来からも存在しており、本稿の問題関心である「公共施設と登記」というテーマに関係する問題も存在してきた。

さて、所有者不明土地とは、「ガイドライン」が〈所有者の所在の把握が難しい土地〉の定義として述べているものであり、「不動産登記簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しない、又は判明しても所有者に連絡がつかない土地⁽⁴⁰⁾」をいう。所有者不明土地を公共施設用地として取得する手法として、上記の資料は、失踪宣告、不在者財産管理人や相続財産⁽⁴¹⁾

(40) 「ガイドライン」は、この具体的な例として次のような土地をあげている。

(i) 所有者の探索に使える台帳が更新されていない等の理由で、所有者(さらには、その相続人)の特定が困難な土地、(ii) 所有者を特定できても、転居先の不明等が理由で、所有者の所在が不明な土地、(iii) 登記名義人の死亡後の相続人は特定できても、その数が多数となっている土地、(iv) 所有者の探索に使える台帳に、すべての共有者が記載されていない共有地、など。

⁽⁴²⁾ 管理人の選任、認可地縁団体の設立、不明裁決などの方法を紹介している。行政法の観点から注目すべき手法として注目されるのは、認可地縁団体の設立と不明裁決の制度を利用することにより、公共施設用地のために所有者不明土地を取得する手法である。

イ) 認可地縁団体が所有する不動産に係る登記の特例

1991年の地方自治法改正によって、町内会や自治会に法人格を与える目的で認可地縁団体の制度が導入された。これは、従来の町内会・自治会には法人格がなかったことから、それらが所有する自治会館や広場等につき登記をおこなうためには、当該団体の代表者の個人名義や役員の名義で登記をおこなうしかなかった。しかし、この結果、代表者や役員の交代のさいに不都合が生ずるほか、当該団体と登記名義人の相続人との所有や売却をめぐるトラブルが発生していた。そこで、これらの不都合を解決するべく、当該団体に法人格を与える認可地縁団体制度が創設されたものである。⁽⁴³⁾

認可地縁団体の設立によって所有者不明土地を公共施設用地として取得する方法としては、町内会・自治会が所有する不動産についての実際の所有者をめぐる内紛や不明な点を、認可地縁団体を設立する過程で解決・確定し、設立後に認可地縁団体の所有（認可地縁団体への所有権移転登記の経

(41) 行方不明者の財産を管理するため（親権者などの法定代理人や不在者が置いた財産管理人がいない場合）、利害関係人や検察官の申立てにもとづき家庭裁判所により選任される（民法25～29条）。この不在者財産管理人が家庭裁判所の許可を得て土地を処分する。

(42) 相続人の存在が明らかでない場合、相続財産は法人（相続財産法人）とされ（民法951条）、その相続財産の管理・清算（被相続人の債務の清算など）のため、家庭裁判所が利害関係人や検察官の申立てにもとづき相続財産管理人を選任する（民法952条）。相続財産管理人は、この相続財産としての土地を家庭裁判所の許可を得て処分する。なお、相続人の不在・不明に関連して発生する民法上の諸問題については、内田貴『民法Ⅳ [増補版] 親族・相続』（2004年）456頁以下参照。

(43) 地方自治総合研究所監修『逐条研究 地方自治法・別巻（下）』（2010年）1307頁。

由)としたうえで、当該不動産を公共施設用地として買い取るというものである⁽⁴⁴⁾。しかし、従来の町内会・自治会所有の不動産登記が代表者名義や構成員の共有名義でなされている場合には、これらの者と認可地縁団体が共同で登記申請を行う必要があったことから、登記申請の段階で共有名義人(その相続人を含む)の生存や所在が不明の場合には、認可地縁団体への移転登記は困難という事態が発生する(登記名義人が明治時代に死亡した者であり、それから現代まで3、4代にわたる相続が繰り返されていると推定できる例も少なくない)。

この事態に対処するべく2014年の地方自治法改正で、市町村長が公告手続を経て証明書を発行することにより、認可地縁団体が単独で当該認可地縁団体を登記名義人とする当該不動産の所有権の保存又は移転の登記の申請をすることを可能とする特例が設けられた(同法260条の38、260条の39)。これにより、従来の登記の表題部所有者や所有権の登記名義人(その相続人)の全部又は一部の所在が知れない場合でも、市長村長の証明書により、登記が可能となった。しかし、この手続きでは、一定範囲の関係者が手続きに異議を述べた場合には、手続きが停止されることにならざるをえない結果となる(260条の38第3項)。このことから、認可地縁団体が単独で登記申請をできる制度の実効性には問題もあり、所有者不明土地を公共施設用地として取得する方法として、以下に紹介する不明裁決の手法が注目されることになる(ただし、実務からは、土地収用法の不明裁決には時間がかかるという難点が指摘されている)。

ロ) 土地収用法の不明裁決と登記

収用手続において要求される裁決申請書に関して土地収用法40条1項は、起業者が申請書に添付すべき書類として、事業計画書並びに起業地及

(44) 用地ジャーナル2000年7月号や2009年4月号に、共有者多数の土地取得に際し、認可地縁団体への登記名義変更によって、県が道路敷地の取得をおこなった例が紹介されている(後者の事例では、もとの登記名義人が500人を超えていた)。

び事業計画を表示する図面（1号）のほか、収用対象の位置や面積、さらには損失補償の見積りの書類を要求するが、そのうえに同項2号二は「土地所有者及び土地に関して権利を有する関係人の氏名及び住所」についての資料添付が必要であるとしている。

しかし、同条2項は、上記の同条1項2号二の事項に関して起業者が「過失がなくて知ることができないもの」（一部の所有者等の不明も含む）については、申請書の添付書類に記載することを要しないと定めている。そして、この規定の過失について同法施行規則17条2号イは、土地所有者及び土地に関して権利を有する関係人の氏名及び住所を「起業者が過失がなくて知ることができないものがあるときは、過失がないことを証明しなければならない⁽⁴⁵⁾」とする。この収用対象の土地等の権利者が不明（一部不明を含む⁽⁴⁶⁾）のままでなされる収用委員会の裁決が、「不明裁決」とよばれるものである。

さて、この不明裁決を違法として取消訴訟が提起される場合、被告は不明裁決をおこなった収用委員会ということになる。不明裁決の取消訴訟において原告は、収用委員会が十分な調査を尽くさないままに当該原告を「土地所有者及び土地に関して権利を有する関係人」ではないとの判定を基礎としておこなった不明裁決が違法であると主張するのが通常であろう。不明裁決の申請については、土地所有者及び土地に関して権利を有する関係人の氏名及び住所を知ることができなかつたことにつき、起業者は過失がないことを証明しなければならないが、この起業者の不明裁決申請における証明責任と、訴訟において不明裁決が適法であることの収用委員

(45) この不明裁決の損失補償に関連して土地収用法95条2項2号は、起業者が過失がなくて補償金等を受けるべき者を確知することができないときは供託ができると定めている。

(46) 不明裁決については、当該処分の後日、それが真実と異なることが判明しても、当事者はこの効力を否定できなるとともに、例えば「土地所有者不明（甲または乙）」、「土地所有者不明（甲の相続人）」との表記による不明裁決にもとづく移転登記の申請は受理されることになる。この点については、小澤道一『要説 土地収用法』（2005年）122頁以下参照。

会の立証責任の関係は、どのような関係に立つのであろうか。

国土交通省総合政策局総務課長通知「不明裁決申請に係る権利者調査のガイドライン」(平成26年5月)では、収用委員会は、起業者が行った調査が適正であるかを主として確認し、適正であると認められるのであれば、速やかに不明裁決を出して良いとする。この考え方によれば、不明裁決の取消訴訟における土地収用委員会は、起業者が権利者・関係者の氏名・住所を知ることができなかつたことに過失はないと収用委員会が「確信」したことにつき、収用委員会に違法性はないことを中心に立証することになり、実質的には、起業者の調査の程度の評価が司法審査の中心となるとも考えられる。

しかし近時の不明裁決の違法性が争われた富山地裁平成27年11月18日判決(LEX/DB25541789)では、起業者による調査に過失はないのか、そして、起業者に過失なしと確信した収用委員会の認定に瑕疵はないのかという審査方式ではなく、収用委員会の独自の所有者・権利関係者の調査義務の程度を設定し、その設定した基準からして本件不明裁決には調査義務違反は存在しないと結論付けている。

本判決は、まず、収用委員会は私人間の法律関係を終局的に確定する権限を有する司法機関ではなく、その審理及び調査において、訴訟におけるような証人尋問等の厳格な証拠調べは予定されておらず、権利取得裁決も当該土地の帰属を確定することを目的としたものではないとし、土地収用法もこれを前提として不明裁決の制度(同法48条4項ただし書)を設けていると解されるとする。そして、収用委員会が客観性の高い確実な資料を調査して土地所有者を確知できない場合であってもさらに調査を尽くさなければならぬとなると、公共の利益となる事業をいたずらに遅延させる結果となる(当該土地の帰属に関する収用委員会の認定に不服がある者は、この点について私人間で民事訴訟で争うことができる)と指摘する。

このことから、収用委員会は、土地所有者の確定に当たり、客観性の高い確実な資料の調査や、必要に応じて関係当事者に対する審問、現地調査

等の土地収用法65条1項各号所定の⁽⁴⁷⁾処分をすれば足り、本件での収用委員会は、戸籍、除籍及び固定資産課税台帳等の客観性の高い資料を中心に法定相続人を調査し、原告が時効取得を主張する点についても、公的機関に対する照会や現地調査により客観的資料の収集に努めたというべきであり、当該委員会は当該土地の所有者を覚知するために十分な調査をした等として不明裁決に違法な点はないと判示した。

本件判決が求める収用委員会の調査義務の程度は、かなり緩やかなものであるといわざるをえない。また上記の国土交通省総合政策局総務課長通知「不明裁決申請に係る権利者調査のガイドライン」が示す内容に対しては、自治体が起業者となっている不明裁決申請にあたり、自治体が不明所有者の調査を依頼することになる司法書士等の専門家に求める調査の密度よりも、かなり緩やかな内容になっているとの評価もある。

6. さいごに

以上、より広い意味での公共施設（不動産公物）をめぐって発生している諸問題を登記という観点から概観してきた。そこで発生している諸問題を登記という観点から見ると、それにかかわる紛争を避けるためには、道路や公園などの公共施設を建設するための用地を取得したさいには速やかに登記を経由しておくことが必要という当然の結論にいきつくことになる。しかし、さらに検討すべきは、なぜ実際には公共施設敷地の未登記が発生するのかについて、さらなる分析が必要である。10年前に「都市計画⁽⁴⁸⁾法40条2項の研究」なる論稿を作成する準備として、公共施設敷地の未登記によって実際に紛争が発生している自治体のいくつかの現地調査をおこ

(47) 土地収用法65条1項は、審理若しくは調査のために必要があると認めるとき、起業者、土地所有者若しくは関係人又は参考人に出頭を命じて審問し、又は意見書若しくは資料の提出を命ずること（1号）、鑑定人に出頭を命じて鑑定させること（2号）、現地について土地又は物件を調査すること（3号）、と定める。

(48) 拙稿・前掲（注2）。

なった。そのさい、公共施設敷地の未登記にかかわって裁判さえ提起されている状況にありながら、登記や供用開始行為の法的な性格や効力についての行政担当者の理解が、いまだ正確なものではないと感ずる時があった。この時、この印象を一般化することはできないが、これからも公共施設敷地の未登記をめぐる紛争は続いて発生するのではないかという感想をもったことは否定できない。

現在、全国公共嘱託登記司法書士会協会協議会によって創設された未登記問題研究会などが、民間の観点から公共施設敷地の未登記問題の現状調査をおこなってきているようである。さらに、国の関係部局も、公共施設の登記についての様々な情報発信をしながら、この問題への対処をしてきている。このような各方面での調査研究・情報発信の成果は、上記の悲観的感想に反して、登記に関する（特に公共施設の建設・管理を担当する）行政現場の意識の変化（進化）という事実を示してくれているように感じられる。

そして、前述のように、災害や相続登記がなされないことなどによる広い意味での所有者不明土地の存在は、これからの公共施設の整備にとって深刻な問題を投げかけている。災害復興現場での公共施設整備のための用地取得につき、当該用地の登記名義人の相続人が何百人にもなれば、そのなかには、生死・所在がわからない者や海外に居住している者がおり、用地買収に困難が生じていること等が伝えられている、さらには、買収対象土地の表題登記の所有者欄が「字」名で表示されたり、「A ほか40名」とされ、この40名が誰かは登記簿からは不明という場合などがある。以上のような場合の対応方法については国から有益なガイドラインが示されているが、これらを含めた現在の実務の現状の把握を踏まえた、さらなる法的検討が急務である。