

論 説

都市計画法40条2項をめぐる若干の検討

首 藤 重 幸

- 一 はじめに（公共施設と登記）
- 二 都市計画法40条2項の意義
- 三 公共施設用地の無償提供の要求
- 四 法40条2項により帰属する土地の未登記の理由
- 五 公共施設用地の時効取得
- 六 公共施設用地の取得と背信的悪意者
- 七 公共施設利用権の私法的構成による補充的保護
- 八 さいごに

一 公共施設と登記

近時、公共施設（公共用物）と登記に関連した紛争が多発しているようである。⁽¹⁾公共施設と登記の関係が問題とされる事例は、かつては道路をめぐるものが中心であった。道路敷地の所有権が未登記のままに供用開始行為がなされ、その後に当該敷地につき所有権を取得して登記を経由した私人である第三者から、道路管理者たる行政主体に対して損害賠償、損失補償請求などがなされるというタイプを典型として、道路と登記の関連に関しては多数の判例が存在している。⁽²⁾地価が低廉な時代には、特に市町村道の敷地などについて私人から無償で提供される場合が少なからずあり、無償という安易さが自治体をして道路敷地の登記を懈怠させる原因にもなったようである（しかし、その後になって地価が高騰したり、敷地を提供した開

2 早法81巻3号(2006)

発事業者の経営が思わしくない方向に進むなどの事情のなかで、提供されたはずの土地が未登記ということを利用して第三者に売却されたり、債権者によって抵当権が設定されるなどの事態が展開するケースが出てくる)。このタイプの紛争に関する代表判例といってよい最高裁昭和44年12月4日判決(民集23巻12号2407頁)の事例では、贈与により道路用地を取得したA市が道路を建設し、当該土地敷地を未登記のまま道路法の定める手続に従い供用開始行為をおこない道路としての使用を開始した。しかし、本道路敷地が未登記であったことから、その後も本道路敷地は相続や売買の対象とされ、それぞれに登記が経由されていった。そして、本道路敷地を売買によって取得し登記を経由した私人が、市は権原を取得するなく本道路敷地を道路として使用することで所有権を侵害しているとの理由で、A市を被告として地代相当額の損害賠償を国家賠償請求訴訟として提起した。従来の通説・実務は、道路敷地の使用権原(本件では贈与を原因とする所有権)といえども、登記なくしては第三者に対抗できないとの見解に立っていた。この見解を最高裁判決も基礎にしながら、対抗できないことの結果として現に使用されている道路の供用を廃止しなければならないとの不都合を導かないために、次のように判示した。

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、適法に供用開始行為がなされた場合には、道路敷地部分は公物たる道路の構成部分として道路法(現行道路法4条「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」(旧道路法6条))の制限が加えられることになる。その制限は当該道路敷地が公の用に供せられた結果により発生するもので、道路敷地使用の権原にもとづくものではない。それゆえ道路管理者が対抗要件を欠くため、道路敷地の使用権原をもって後に当該敷地の所有権を取得した第三者に対抗し得ないとしても、当該道路の廃止がなされないかぎり、敷地所有権に加えられた制限は消滅するものではない。したがって、その後に当該

敷地の所有権を取得した第三者は、制限の加わった状態における土地所有権を取得したにすぎないのであるから、道路敷地たる土地についての使用収益権の行使が妨げられていることを理由として A 市に対して損害賠償を求めることはできない。

特定物件が道路等の公共用物としての法的性格を獲得するためには供用開始行為が必要であるが、この行為の前提として当該物件のうえに一定の権原（所有権、地上権、賃借権その他の支配権）が必要であることはいまでもなく、この権原なくしてなされた供用開始行為は無効である。⁽⁴⁾この権原については第三者への対抗要件を備えておく必要があるが、問題は対抗要件を備えなかったことで権原を第三者に対抗できないという場合、供用開始行為は無効となり、実際に使用されている道路等の公共用物の利用廃止がなされなければならないかということである。これについて上記の最高裁判決は、特定物件につき供用開始行為がなされた時点において、それが適法な権原（本件の場合、贈与により取得した所有権）を基礎にしてなされておれば、その特定物件は適法な供用開始行為によって公物たる性格を獲得するのであり、その後に対抗要件を欠いていることで権原を喪失したとしても、供用開始行為が無効とされることはなく、公物たる性格を喪失することはないとの判断を示したものである（他有公物たる性格を有する公共用物となる）。この最高裁判決や従来通説は、まずは公共用物たる施設の用に供する土地等についての権原を適法に取得して供用開始行為がなされることになれば、後に対抗要件を欠くことで権原を喪失したとしても、公共用物としての使用が阻害されることはないとの理論を構成できるからこそ、公共用物の敷地についても民法177条の適用を容認したともいえる。たしかに道路の供用開始と民法177条の関係が問題とされた諸判例においては、多くの場合、上記の最高裁判例の理論構成を適用することで、道路使用の廃止に至ることのない結論が導かれている。この最高裁判例については、道路敷地の所有権帰属につき登記を経由した第三者とい

4 早法81巻3号(2006)

えども、適法に供用開始行為を経ている道路の効用を制限できない点には異論のないところであろうが、道路敷地の所有権を基本的に民法177条のルートにのせるというのであれば、土地の賃料相当額が損害賠償として容認されないのは、理論の整合性を欠いているようにも思われる。⁽⁵⁾

さて、裁判事例のなかに登場する都市計画法40条2項(以下、「法」とのみ表記する場合は都市計画法を指す)は、開発許可を受けた工事が完成した時(工事完了公告の翌日)に、その工事によって設置された公共施設用地が原則として市町村に帰属すると規定するものである。このような法40条2項の定めに関連して公共用物と登記の関係が問題とされる紛争は、公共施設についての供用開始行為がなされる前に、当該公共施設の用に供する土地の所有権が第三者に移転されて登記が経由された結果、当該第三者により公共施設としての使用が妨害されたり、公共施設用地の買取請求などが地方公共団体になされるという形で発生している。さらに、このような状況のなかで、第三者からではなく、地方公共団体から当該第三者に対して所有権移転登記手続を求める訴訟が多く提起されるというのが近時の特徴である。このようなことから、近時の公共施設用地と登記をめぐる問題は、従来の公共施設用地と登記の関係に関する議論とは様相を異にしている。

法40条2項に関連して発生する問題につき、すでに昭和57年7月6日付で、当時の建設省計画局長から各都道府県知事宛に「開発許可を受けた開発行為等により設置された公共施設及び当該公共施設の用に供する土地の管理及び帰属について」(通達第30号)が出されている事実を考えれば、昭和50年代後半にはいって、これから紹介するような法40条2項をめぐる紛争が裁判にまでは至らない形で多発していたのではないかと想像できる。従来の公共施設用地と登記をめぐる問題は、道路を中心に展開してきたものとおもわれるが、近時の公共施設用地と登記の問題は公園や広場、下水道施設などに移行してきている点に特徴があるということもできよう。そこで、以下で検討対象とする法40条2項のもとで展開される公共用

物と登記の問題は、道路のみでなく、公共施設たる公園や下水道をめぐるものが重要となってくる。

二 都市計画法40条 2 項の意義

1 開発許可

都市計画法は、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るために、一定規模以上の開発行為（建築物等の建築・建設の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更）について、法29条で行政庁の開発許可を受けなければならないと定めている。そして法33条は、その開発許可の詳細な基準を定めており、都市計画法の目的を実現するため一定規模以上の開発に対して公共施設（その具体的施設の範囲は法4条14号、法施行令1条の2で定められており、道路、公園、下水道、緑地、広場、河川、運河、水路および消防の用に供する貯水施設をいう）の設置を義務付け、その設置計画が申請書に示されていることを許可要件としている。法33条1項2号は、開発行為の申請書に示された道路、公園、広場等の公共施設が環境や防災、さらには通行の安全や効率的な事業活動という目的に適合的に配置されていることを要求している。さらに同項は、下水道施設（3号）や給水施設（4号）などの適正配置などのほか、設置すべき公共施設についての広範囲にわたる詳細な基準を設定し、これらの基準が充足されて初めて開発許可申請が認められるところとなると定めている。この開発許可の基準については、さらに政令で技術的細目が定められこととされており（同条2項）、たとえば公園についてみれば法施行令25条が、開発面積に対して一定割合以上の公園面積を要求し、加えて同法施行規則には設置する一つの公園につき一定面積以上の広さを要求する同規則21条ばかりでなく、公園の出入口の配置や遊戯施設等を有効に配置できる形状になっていることを求める同規則25条などの定めが置かれている。

法32条は、開発許可申請をする者に、開発行為により設置される公共施

設を管理することになる者との、当該施設の適正な管理を確保する観点からの協議を求めているが、開発行為の工事によって設置された公共施設の帰属をめぐる紛争が多発している状況から、設置される公共施設の管理や帰属についての開発許可前の協議で、明確な協定(合意)を締結しておくことが重要になってきている。この法32条の協議についていえば、たとえば公共施設用地を工事完了後に市に「移管」という表現での合意が、単に管理権の開発業者から市への移転ということなのか、それとも所有権の移転も含んでいるのが問題とされた裁判例がある。その事例では、公共施設(道路)用地でありながら合意書の中では、その工事完成後の管理についてまったく触れられていない土地も複数、存在していたようである(一審と二審で、この「移管」についての判断が分かれるものとなっている⁽⁷⁾)。

2 開発工事完了の検査・公告

開発許可を受けた者は、開発区域の全部について開発行為に関する工事を完了したときには、その旨を都道府県知事(指定都市等については市長)に届け出なければならない(法36条1項)。この場合、開発区域を工区に分けているときは、個々の工区の工事が完成するたびに届け出をおこなうことになる。さらに、開発行為に関する工事のうち公共施設に関する部分の工事が完了したときは、全体の工事と切り離して届け出ることとしている。この公共施設についての取り扱いは、他の工事に先立って公共施設に関する工事を検査して、管理者への引継ぎや土地の帰属等の処理を迅速に進めようとする趣旨であるとされる⁽⁸⁾。

届出を受けた都道府県知事は、開発工事の内容を検査して、それが開発許可内容と適合しているときは検査済証を交付する(同条2項)。そして、検査済証を交付したときは、「遅滞なく」当該工事が完了した旨を公告をしなければならない(同条3項)。この工事の検査と公告があって初めて、開発許可を受けた開発区域内での建築物の建設の禁止が解除されることになる(法37条)。

ここにいう「遅滞なく」は、法40条2項をめぐる紛争が深刻になっている現在、実務書においても指摘されるように、非常に重要な意味をもってきている。法32条の協議において、都市計画法で設置が義務付けられている公共施設について地方公共団体が管理し、その用地も開発許可申請者が市に提供することで合意がなされて開発許可がなされたが、法40条2項によって公共施設用地の所有権が地方公共団体に帰属するまえに、公共施設に抵当権が設定されたり、第三者に転売されたということで、工事完了公告後に法40条2項により公共施設用地が地方公共団体に帰属しても、当該公共施設の利用ができないというのが法40条2項をめぐる紛争事例の典型的ケースである。そこで、このような紛争発生を防止するために、開発工事完了の検査が終了した後に、開発許可を受けた者が当該公共施設用地の地方公共団体への移転登記に必要な書類関係を揃えて提供するのを待って、工事完了の公告をなすという手法が考えられることになる。⁽⁹⁾法律上、このような登記書類の提供は公告の要件とはなっていないと考えられることから、開発許可を受けた開発業者が登記書類手続を提供しない限り、いつまでも公告をしなないとすることは、検査終了後に「遅滞なく」公告をするものとする法36条の趣旨から容認しえないとしても、早く土地の分譲や住宅の建設等を開始したい業者に登記書類の速やかな提出を促すための若干の時間的幅は容認されてもよいように思われる。この登記必要書類の提供の要請は行政指導たる性格を有するものであるが、ここでの行政指導は自治体によるものであるから、行政手続法の定める行政指導に関する規制のもとには置かれることはない。従来行政指導に関する最高裁判決（最高裁昭和60年7月16日判決・民集39巻5号989頁）からしても、行政指導に従わない旨の回答があつてから一定期間内であれば、さらに行政指導を継続してよい「特段の事情」があるケースとも考えられる。

8 早法81巻3号(2006)

3 都市計画法⁽¹⁰⁾40条

イ 交換による公共施設用地の帰属(法40条1項)

開発許可を受けた開発行為による工事で従前の公共施設を廃止する代わりに、新たに公共施設を設置するという場合、当該開発事業者は当該従前の公共施設の用に供していた土地の買収等をしたうえで工場用地や宅地の造成工事をおこなう一方、他方で取得している土地の他の場所に公共施設を設置する必要がある。しかし、法40条1項は、都市計画法が公共施設を整備する義務を課していることから、以上のような場合には従前の公共施設の用に供する土地と新たに設置する公共施設の土地を交換することで処理することとし、新たな公共施設の用に供する土地は、法36条3項の公告の日(前述のように開発行為に関する工事を完了すれば、都道府県知事は検査のち検査済証を開発事業者に交付し、当該工事が完了した旨を公告する)の翌日に国又は地方公共団体に帰属するものとした。

ロ 新たな公共施設用地の帰属(法40条2項)

本稿で検討の対象としている法40条2項については、その前提として法39条の理解も必要になる。

i) 開発行為により設置された公共施設の管理(法39条)

上記のような従前の公共施設を廃止する代わりに新たな公共施設を設置するのではなく、開発事業者が開発行為により新たに設置する公共施設を設置した場合には、当該公共施設は原則として同法36条3項の公告の日の翌日に、その公共施設の存する市町村の管理に属する(法39条)。しかし、他の法律に基づく管理者が別にあるとき⁽¹¹⁾、または法32条2項の開発許可前の事前の協議によって管理者に別段の定めをしたときは、市町村以外の者の管理に属することになる(法39条但書)。原則として、市町村の管理に属するとしていることから、事前協議で合意の対象になっていない公共施設用地については、市町村の管理に属するということになる。この協議により市町村以外の者が公共施設を管理するとされる場合、実際には開発許可をうけた開発業者が管理をおこなうことになるであろう。このような場合

には公共施設の安定的な管理・維持に問題が生じる可能性がある。それゆえ実務書には、開発業者に管理をおこなわせることはやむを得ない場合に限るべきものであり、公共施設用地の所有権を移転登記をおこなって地方公共団体に帰属させたのちに、別途期間を定めて当該公共施設に関する管理委託契約を締結するなどの措置を講ずることが必要であることが強調⁽¹²⁾されている。

ii) 新たな公共施設用地の帰属（法40条2項）

法40条2項は、法39条により市町村の管理することになる公共施設の用に供する土地について、同じく法36条3項の公告の日の翌日に市町村（他の法律が市町村以外の管理に属するとしている公共施設については都道府県や国になる場合がある）に帰属すると定める。ここにいう帰属は所有権の原始取得としての性格を有していると解されているが、その帰属を第三者に対抗するためには登記が必要となる。

法40条2項により公共施設用地が市町村に帰属する場合にも民法177条が適用されるという判例・通説⁽¹³⁾には反対説がある。この適用否定説の論拠⁽¹⁴⁾の中心は以下のようなものである。

- ① いわゆる公法関係にも広く民法177条の適用があるとの考え方を導いた自作農創設特別措置法による強制買収処分対象農地の所有権の帰属に関する最高裁判例の判断は、当該農地が買収後に私法上の取引関係の対象に入ることが想定されることを理由としている。これに対して、法40条2項により市町村等に帰属した公共施設は私法上の取引関係に入ることが想定しておらず、民法177条を適用すべき根拠がない。
- ② 都市の健全な発展と秩序ある整備という公益目的を実現するべく、法40条2項による帰属は、なんらの行政処分も介在させることなく市町村等に帰属させるとしているのであり、民法177条の適用があるとするのは法40条2項の制定趣旨を没却するものである。さらに、登記手続を容易に進められない事情が発生する場合もあり、画一的に民法177条の適用があるとするのは妥当ではない。

③ 都市計画法には、道路敷地に対する民法177条の適用を認める最高裁昭和44年12月4日判決を導く決定的根拠となった道路法4条のような規定がない。

④ 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は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。

以上のような反対説（民法177条適用否定説）のなかには、法40条2項をめぐる様々な紛争類型のすべてを想定した議論なのか、それとも特定の類型に対するものなのかが不明なものもある。法40条2項をめぐる紛争のうち、法32条の事前の協議において都市計画法で設置が義務付けられている公共施設につき地方公共団体が管理し、その用地も開発許可申請者が市に提供することで合意がなされて開発許可がなされたが、法40条2項によって公共施設用地の所有権が地方公共団体に帰属するまえに、公共施設用地に抵当権が設定されたり第三者に転売されたということで、工事完了公告後に法40条2項により形式上は公共施設用地が地方公共団体に帰属しても当該公共施設の利用ができないという紛争類型については、民法177条適用否定説は射程外のもものと想定しているであろう。また、以上のような事情がなく、いわば正常に法40条2項による公共施設用地の地方公共団体への帰属が実現した場合には、未登記のままであったとしても供用開始行為がなされていれば、その供用開始行為以降に当該土地の所有権が第三者に移転し登記がなされたとしても、前述の最高裁昭和44年12月4日判決が判示するように、公共施設としての利用が制限されることはないから、あえて民法177条適用否定説を登場させる必要はないように思われる。

そこで、民法177条適用否定説の射程範囲に入ってくる紛争類型は、開発許可を受けた者が所有権を有する公共施設用地が、法40条2項により地方公共団体に帰属したが、供用開始行為がなされないで未登記のまま放置

されている間に、その公共施設用地の所有権が第三者に譲渡されたり、抵当権が設定されたという場合であろう。この場合に、地方公共団体が本件土地についての仮登記や権利保全措置（処分禁止等の仮処分等を得る措置）をとりうる可能性が存在しながら、それを漫然と懈怠していたというような時にも、一方的に取引の安全を犠牲にして民法177条適用否定説を採用しうるかについては疑問がある。さらに、事前の協議で公共施設用地を市町村に帰属させることで合意しているとしても、当該土地の登記簿上の地目表示が公共施設用地となっているとは限らず、さらには公共施設用地としての空間が確保されているが、公共施設用地であることが外観からは容易に判別できない場合もあろう。さらには、開発工事が完成していないにもかかわらず工事完了の公告がなされる場合もある⁽¹⁵⁾。このようなことを考えれば、法40条2項による帰属の前に工事は完成しており、現地をみれば公共施設用地であることが明白であり、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、とはいいきれないケースも存在することになる。やはり、177条適用説を基礎としながら、（第三者の）背信的悪意者論や権利濫用論を適用することで、自治体と第三者の責任が事例に応じて配分されることが検討されるべきと思われる（背信的悪意者論を適用することの不安定性については後述）。

そもそも、法40条2項をめぐる紛争を公共施設機能の確保・維持という方向で根本的に解決するためには、民法177条適用否定説という解釈論ではなく、前述の民法177条適用否定説が射程範囲内とする事例については、公物法における予定公物制度と法40条2項とを連動させる⁽¹⁶⁾というような、立法的解決しかなくとも思われる。予定公物については、道路法（91条：道路予定地）や河川法（56条：河川予定地）、都市公園法（33条：公園予定地）などに例が見られるところであるが、法40条2項による帰属をもって、予定公物の指定に必要な権原が取得されたものとするというような制度も考えられる。開発許可をもって予定公物の指定に必要な権原が取得さ

れたとすることも考えられようが、これについては開発許可を受けた事業者が許可の時点では公共施設用地の所有権を取得していない場合もあり困難が存する。

ハ 公共施設用地取得費用の負担要求 (法40条 3 項)

法40条 3 項は、上記の同条 2 項により国や地方公共団体に土地が帰属することになる公共施設のうちに主要なもの (法施行令32条は、幅員12メートル以上の道路、公園、緑地、広場、下水道 (菅渠を除く)、運河、水路、河川を主要な公共施設として指定している) について、従前の所有者は取得に要すべき費用の全部または一部を国または地方公共団体に負担すべきことを求めることができると定めている。公共施設の用に供する土地の取得であることから、その土地の取得費を開発許可を受けた者にすべてを負担させるのではなく、当該公共施設の用に供する土地が帰属する国や地方公共団体に分担させてもよいとするものである。法32条の許可申請前の協議において、地方公共団体が宅地開発要綱を作成したうえで、公共施設の用に供する土地を無償で提供することを強く要請し、ときには無償提供に応じなければ開発許可申請書を都道府県知事に取り次がない等の対応をなすことがあり、この強い要請に対して開発許可を受けた者は不満を抱き、これが以下に述べる様々な法40条 2 項をめぐる紛争を発生させる一因になっているといわれる。このようなことから、法40条 3 項の活用が同条 2 項をめぐる紛争発生を予防する一つの鍵であると考えられる。

三 公共施設用地の無償提供の要求

上記のように、法40条 2 項にもとづき公共施設用地が市町村等に帰属するという場合、同条 3 項は市町村等が当該土地の取得に要する費用を負担する選択肢があることを規定している。しかし、特に財政能力が十分でない市町村は、事前の協議で当該公共施設用地を無償で提供することを要求するのが通常であろうし、それに応じなければ開発許可事務手続の遅滞な

どの可能性を示唆して圧力をかけることも少なくないであろうことは想像に難くない。

札幌高裁平成 7 年 10 月 31 日判決（判例タイムズ 900 号 213 頁）で審理対象とされた法 40 条 2 項をめぐる事案の概要は、以下のようなものであった。

土地の所有者による開発許可の申請がなされる前に、千歳市との法 32 条による協議がなされ、そこでは開発工事対象の一部の土地を遊水池と広場の公共施設の用に供することとし、その管理は市がおこない、用地は所有者から市に無償提供することで合意した。そして開発許可がなされ、工事により遊水池が設置されたのち開発工事完了公告により本件用地は法 40 条 2 項により市に帰属（登記を経由）することになった。広場に供する土地も同様の経過をたどり市に帰属（登記を経由）することになったが、広場の用地は開発行為の当時から更地のままであった。その後、本件開発工事がなされた地域において、市の公共下水道事業により雨水処理工事が完成したことから、遊水池は埋め戻されて用途廃止となり、更地となって市の普通財産として管理されるに至った。広場の用に供する土地については、実際の協議において単に公共施設用地として無償提供をうけるものとされており、設置する公共施設は特定されていなかった。そして、具体的な施設も建設されないまま、他の場所での教育施設の建設用地を取得するための資金を獲得するために市から第三者に売却されるに至った。

所有していた遊水池の用地を無償で提供した開発業者は、下水道事業が実施されて当該遊水池施設は不要となることを知っておれば、開発許可申請にかかる協議において、当該土地の所有権を留保したまま遊水池の管理のみを市が担当するとの協定が可能であったのであり、本件土地の無償提供の申し出には重大な錯誤があるから、法 40 条 2 項による本件土地の市への帰属は無効であるとして、市に対して所有権移転登記の抹消請求訴訟を提起した。さらに、市は広場用地として主張しているが、実際には具体的な公共施設名を特定せずに、単に公共施設の用に供するというで無償提供した本件土地については法 40 条 2 項による市への帰属の効果は生じて

いないとの主張もおこない、市と市から買い取った第三者に対しても所有権移転登記の抹消請求訴訟を提起した。

札幌高裁は、まず遊水池を公共施設である下水道であると認定したうえで、本件開発区域は市の策定した公共下水道事業の基本計画の処理区域に含まれ、いずれは下水道事業が実施されることが予定されていた地域であり、この下水道が整備された場合には遊水池としての用途が廃止されることが予想されたが、本件開発許可当時は水道事業の具体的な実施時期は未定であったとする。それゆえ、遊水池は開発申請当時において開発区域に必要な施設であって、不必要になることが確実に予想されていたということとはできない。このことから、遊水池が不必要になることを知らなかったことが法32条の事前の協議に影響を与えたとはいえず、錯誤の主張は採用できないと判示した。さらに、法42条2項による公共施設用地の帰属は法律行為によるものでなく、法律上当然に生じる原始取得たる性質を有するものであるから、法律行為によることを前提とする錯誤による無効の問題は生じる余地はないとも判示している⁽¹⁷⁾。

ついで高裁判決は、市が広場の用に供する土地であると主張した土地について、まず法40条2項が適用されるためには、事前の協議の段階、おそくとも管理者や当該施設の供用地の帰属者が定まる時点で、いずれの公共施設であるかが特定していなければならないとの判断基準を示した。そのうえで、この基準時においても本件土地は公共施設の用に供するとしかされていないから、法40条2項は適用されず、管理すべき者(市)に帰属する効果は生じていないと判示し、この土地部分については登記抹消請求を認める判断を示した。

以上の事例は、法40条2項に民法177条の適用があるかを考える前に、その前提として注目しておく問題があることを示している。

一定規模以上の開発行為については、環境保全や防災対策、さらには基本的な都市機能の整備という観点から、開発業者による開発計画について

公共施設用の空間を組み込んでおくべきことを要求する法政策を否定すべき理由はない。しかし、その公共施設の用に供する土地を無償で提供させるのか、それとも一定の費用を行政が負担して提供させるのか、さらに将来は不必要になる公共施設についても、その用に供する土地の所有権を行政に帰属させるのかなどについては、公益の名のもとに開発業者に過重な負担を要求することは妥当ではない。法40条2項をめぐる紛争の基礎には、地方公共団体による過重な公共施設用地の無償提供の行政指導があることが従来から指摘されていた⁽¹⁸⁾。この点への政策的配慮の一つが前述の法40条3項である。

さて、高裁判決において示された、公共施設名の特定が事前の協議の段階、おそくとも管理者や当該施設の供用地の帰属者が定まる時点でもなされていない場合には法40条2項の適用がないとの結論に異論はないであろう。具体的な公共施設名が示されていないければ、そもそも公共施設の管理や用地の所有権に関する協議をおこなうことは困難であったろうと想像でき、実質上は協議なしで公共施設用地の無償提供を一方的に求められる結果になっているといえ、開発業者に過重な負担を負わせる結果になっていると考えられるからである。

しかし、遊水池に関する札幌高裁の判示内容については異論もあろう。公共施設用地とはいえ、土地の所有権を奪うということになるのであるから、開発段階では時期は特定できないとしても、本件開発区域が市の公共下水道事業の基本計画の処理区域に含まれ、いずれは下水道事業が実施されることが予定されている地域であり、この下水道が整備された場合には遊水池としての用途が廃止されることが予想されとの情報を明確に提供したうえで、事前の協議をおこなうべきものである。判決は、この点の問題については、まずは法40条2項による管理者の所有権取得は法律行為によるものでなく法律上当然に生じる原始取得としての性質を有するものであるから、法律行為によることを前提とする錯誤による無効の問題は生じる余地はないというべきであるという形式的法律論で処理する判断を示し

た。しかし、そのように判示しながら、判決は次のように錯誤を構成する事実があるか否かを検討している。このことは、法40条2項による所有権の帰属が原始取得であるとのことから錯誤理論を排除することは妥当でないことを自ら認識しているものである。⁽¹⁹⁾

法40条2項は、「開発許可を受けた者が自ら管理するものを除き」、国または地方公共団体に帰属すると規定している。本件における法32条の事前の協議の場において、遊水池としての用途の廃止が予想されるのものを踏まえて議論がなされておれば、協議の結論は「開発許可を受けた者が自ら管理する」ことになっていた可能性もあり、遊水池を埋め戻したあとの処理などについても協議の対象になっていた可能性がある。法40条2項は、公共施設としての機能を確実に確保するために所有権を地方公共団体に帰属させるとしているのであり、当面は公共施設用地として使用するが、将来は普通財産になる土地まで、永続的に所有権を地方公共団体に移転させることまでを想定しているとは考えられない。高裁判決は、本件に錯誤の問題は生じないとしながら、他方で法32条による事前の協議の成立が開発許可の要件になっていないことから、協議における錯誤は法42条2項による所有権の有無に影響を与えないとしている。さらに判決は、本件の開発区域が市の公共下水道事業計画の処理区域に含まれ、いずれは下水道事業が実施されて遊水池の必要性がなくなり用途が廃止されることが予想されたとしても、開発許可申請当時においては下水道事業の具体的な実施時期が未定であったことから遊水池は開発区域に必要な施設であったと認定して、遊水池が埋め戻されることを前提に協議がなされなかったことは錯誤を構成しないと判示している。

この札幌高裁の事例などをみると、従来の民法177条適用否定説は、公共施設用地を名目とした地方公共団体による過大な土地提供の要求という問題が考慮要素に入っておらず、いわば工事完成公告の翌日（法40条2項による公共施設用地の帰属）から思考を始める傾向があるように思われる。

四 法40条 2 項により帰属する土地の未登記の理由

法40条 2 項により公共施設の用に供する土地が地方公共団体に帰属したとされながら、開発許可を受けた者からの移転登記がなされない事態は、どのような原因で発生するのであろうか。

平成10年 9 月18日付けの新聞記事（朝日新聞大分版）によれば、法40条により大分市が管理するはずの道路や公園、下水道などの公共施設の所有権が開発許可を受けた業者から市に移転されておらず、多くの公園や道路が雑草で覆われ、道路の一部は第三者に転売され、いまだ開発業者の名義で登記されているままの公園に抵当権が設定されているケースもあるとの報道がなされている。この記事では、このような公共施設が市内に百数十カ所も存在しているとも指摘している。この記事から読み取ることができる法40条による公共施設用地の市への所有権移転登記がなされていない理由は、知事の工事完了の公告がなされた後にも、大分市は独自に定めた市の規格に公園や道路が適合しているかを検査し、適合していると認定された場合に移転登記をおこなうとの手続をとっており、この検査に時間がかかっているということのようである。

さらに平成10年 5 月22日付けの新聞記事（朝日新聞栃木版）では、宇都宮市が法40条により市に公共施設の用に供する土地の所有権が帰属したと考えている公共施設を調査したところ、調査した432か所の道路の約 4 割、同じく調査した46か所の公園の約 7 割が市への移転登記がなされないままになっており、登記簿上の所有者に移転登記を求めたが拒否されているとの報道がなされている。そして、同記事は平成 9 年 7 月に開発業者の名義になっている公園を当該業者が駐車場にしようとしたので、市が土地の引渡しを求めて提訴、さらに平成10年 5 月には道路に杭を打った登記簿上の開発業者に対して、市が現状変更禁止の仮処分申請をおこなったことも紹介している。法40条による土地の帰属があつたにもかかわらず移転登記が

なされなかった理由については、この記事や訴訟での市の主張からすると、同時期に多数の開発許可による工事がなされことで多くの道路や公園の用に供する土地が市に帰属することになり、市としてはこれらすべてを早期に整備して管理する財政能力がなく、当分の間、開発業者に公共施設の管理をまかせることにしたことで、あえて所有権移転登記をもとめることをしないという運用を平成元年頃まで続けていたということのようである。

宇都宮市は、法40条2項による帰属を原因として所有権移転登記手続を開発業者に求める訴訟を複数提起しているようであるが、そのうちの一つの訴訟は以下のような内容となっている。

開発業者Bは昭和51年12月に市長に対して開発行為の許可申請をおこなったのち、法32条による市との事前協議で、地区内の公園については「自分のあいだ、自己(B)の管理とする」との合意に達した。そして、昭和52年1月に開発許可がなされることとなったが、同年6月に公園の用に供する土地をBが取得し移転登記を経由した。同年12月には工事完了の公示がなされている。市の訴訟提起は平成12年になされているが、Bは訴訟において時効の援用をする旨の意思表示をおこなっている。東京高裁は、自分のあいだBの管理とするとしたことの事情を、当時は市内での開発行為が活発で、開発行為により設置される公共施設をすべて市が管理することは財政上の困難等があったことによると認定している。そして、本件土地の所有権は工事完了の公告の翌日に市に帰属したものとし、Bは公園の管理をゆだねられたものとして本件土地を占有したものであり所有の意思はなかったとした(Bの時効取得の主張を否定)。このようにして、高裁は市の請求を容認し、この上告審たる最高裁も高裁判決を支持してBの上告を棄却している⁽²⁰⁾。

もう一つ法40条2項により市に帰属した土地が未登記となった典型的事例を紹介しておこう。昭和50年に法40条2項により柏市に帰属することで合意していた開発業者Cが所有権を有する公園と道路の敷地に、Cの経

営が悪化したことで抵当権が設定され、その後に競売がなされて平成元年にD会社が競り落とすところとなり登記が経由された。さっそくD社は、所有権を主張して、20数世帯が使用している道路にバリケードを作り、それが仮処分決定（柏市の申請）により撤去されるという事態が発生した。そこで、市は同年5月に本件土地についての所有権確認請求訴訟を提起した。この訴訟は平成4年10月12日に東京高裁において、市がDに社に1800万円を支払い、D社は所有権移転登記をするとの内容の和解が成立した（平成4年10月13日付け朝日新聞千葉版記事⁽²¹⁾）。事情の詳細には不明な点があるが、工事完了の公告のまえに本件土地に抵当権が設定されていたことから、本件土地が法40条2項により市に帰属した後も、市は移転登記手続きができなかったということであろう。

五 公共施設用地の時効取得

1 三郷市湛水池事件

法40条2項により地方公共団体に公共施設用地の所有権が帰属しながら未登記のままであっても、公共施設としての利用や管理が地方公共団体によってなされている場合は少なくない。このことから、未登記のあいだに公共施設用地の所有権が第三者に移転され登記が経由されたという場合にも、地方公共団体は当該公共施設用地の時効取得を主張できる可能性がでてくることになる。この取得時効に関連しての問題状況を三郷市湛水池事件を素材に見ておこう（判例集未掲載事例なので、少し詳しく紛争の経過を紹介する）。

昭和57年10月30日にA会社は開発許可申請をおこなったが、その1か月前に三郷市と法32条の事前の協議をおこなっていた。そこでは、その後の訴訟で問題となる土地（開発前の本件土地は池を含む低湿地）を湛水池（協議では、貯水池や調整池、遊水池という表現は使ってないようである）として市に帰属させることで合意し、その構造や放流先は埼玉県と協議をするこ

ととされた。この市との協議の時点でA社は本件土地の所有権を取得しておらず、取得したのは同年12月16日（登記は昭和58年3月7日）であった。そして、同月27日には知事の開発許可を得て本件工区の開発工事を開始した。昭和61年11月20日に知事の工事完了検査が終了し、同年12月2日に本件工区の開発行為完了の公告（開発登録簿にも記載）がなされた。このことから、本件湛水池の所有権は法40条2項により市に帰属することになったが、本件土地の登記について市とA社は、他の工区の工事も終了して最後の開発工区の完了公告後におこなうことで合意した。

平成3年10月7日になってA社は本件土地をB社に売却した（同月22日に登記）。ついで、平成4年4月23日に、本件土地と他の土地とが一体となって湛水池を構成していた、その他の土地の一部（道路）がA社から市に移転登記がなされた（このとき、市は、本件土地についてA社に嘱託登記に必要な書類の提出を要求していない）。そして、平成4年4月3日に全工区について最終の完了公告がおこなわれたが、その時には本件土地（登記簿上はB社が所有）にC社の抵当権が設定されていた（市は抵当権が設定されていたことから、この時点で市への移転登記ができなかったと主張）。さらに平成7年9月18日には本件土地がB社からD社に売却されている（同日登記）。この売買についてD社は同年11月14日に、市を経由して知事に国土法にもとづく本件売買契約等届出書を提出したが、これについて市はなんらの異議も述べていない。しかも、昭和58年度から平成7年度まで、本件土地の登記簿上の所有者からの固定資産税の徴収が続けられており、平成8年4月頃に、B社に平成5年度から7年度までの固定資産税が返還されるという事態も発生している。なお、本件土地の登記簿の地目は池沼と記載されており、地区計画でも湛水池とされていて本件土地は住宅開発ができない土地であった。その後、市とD社のあいだで様々なやりとりがあったようであるが、平成9年になって市（原告）はD社（被告）に対して時効取得を原因とする所有権の移転登記を求める訴訟を提起した。

東京高裁平成14年1月31日判決（判例集未登載）は、本件土地を含む開

発工区についての完了検査に市の職員が立ち会い、市が A 社から湛水池の揚水機場の鍵を受け取るとともに管理運営を市でおこなうことを確認し、それ以降も市が点検・管理を続けている（湛水池を市の財産台帳および揚水機台帳に記載）事実を認定し、工事完了公告がおこなわれた翌日である昭和61年12月3日から本件土地の占有が善意無過失で開始され、その後10年間について所有の意思をもって占有してきたとの推定を覆す事情の存在は認められないとして、市の請求を認めている⁽²²⁾。市の登記手続の懈怠や権利保全措置（処分禁止等の仮処分等を得る措置）の懈怠、さらには固定資産税の徴収等をもって、本件土地についての市の自主占有が他主占有に変更されたと解することは困難であるとした。

なお、事前協議の時点で A 社が本件土地の所有権を取得していなかったことから、本件土地に関する事前協議は違法であり、法40条2項によって市が本件土地を取得することはないとの D 社の主張について高裁判決は、公共施設の管理者との協議の段階で開発申請社に公共施設の用に供する土地についての所有権を取得していることを都市計画法は要求していないとして、D 社の主張を否定している。

本件は、問題とされた土地につき地区計画が定められていたことから、湛水池以外に利用することができなかったという、市にとって有利な水況が存していた。この湛水池は、都市計画法上の公共施設ではあっても、下水道法や河川法上の施設ではなく、法定外公共用物たる性格を有するものであろう。それゆえ、供用開始行為によって使用が始められるものではなく、その用地の所有権が誰に帰属しても、供用開始行為によってその公共施設としての利用権が確保されるという性格を有していない。このことから、地区計画の存在が大きな意義を有するものであった（この湛水池は、地方自治法上の公の施設という性格も有するものであろう）。

2 公共施設用地の時効取得

従来の公共施設（公物）をめぐる時効取得の議論の関心は、最高裁昭和

51年12月4日判決(民集30卷11号1104頁)で問題とされたように、国民に公物の時効取得が認められるかということであった。この最高裁判決は周知のように、「公物に時効なし」のドグマを絶対の前提としながら、黙示の公用(供用)廃止行為により当該公共用物(事案は、公図上は水路とされている国有の法定外公共用物についてのものであった)が普通財産になったものとしたうえで、時効の成立を認め⁽²³⁾た。

上記の三郷市湛水池事件のように、近時の法40条2項については、地方公共団体が公共施設用地の時効取得を主張するという、従来とは逆の構図になっている。

六 公共施設用地の取得と背信的悪意者

法40条2項により公共施設用地の所有権が地方公共団体に移転したが、未登記であったことから開発許可を受けた業者から第三者の当該土地が売却され登記されたという場合、民法177条に関する背信的悪意者排除説の適用をもって地方公共団体は未登記のままでも当該第三者に対抗できるとの考え方で、法40条2項による紛争の一定範囲を解決しうる可能性があるとの主張がなされてきた。取引の目的地が公共施設用地になっていることは容易に知ることができるから第三者を背信的悪意者と認定することは困難ではないとする主張⁽²⁴⁾がある一方で、他方では、背信的悪意者から転得した善意者については地方公共団体は対抗できないことの問題を指摘する主張⁽²⁵⁾もあった。

このようななか、法40条2項により市に帰属した公共施設用地の所有権につき、背信的悪意者論により、地方公共団体が登記なくして第三者に対抗できるとする注目すべき判決が登場した。しかし、この事件(公園用地登記名義回復請求事件)では第一審の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)と、その控訴審である東京高裁平成16年8月31日判決(判例タイムズ1169号250頁)で判断が分かれている。

事案の概要は次のようなものである。平成 5 年 8 月に A 会社は、新潟県知事に市街化調整区域の農地についての開発許可申請をおこなっているが、それに先立つ法 32 条の事前協議では、A 会社が公園を設置し、新発田市が管理者・所有者となるとことで合意していた。同年 9 月には開発許可がなされ、平成 6 年 4 月 5 日に工事完了届が出されている。この完了届には、農地全筆の農地転用届の受理書を添付しなければならないが、全筆分の受理届がないまま市と県は完了届を受理し、同年 4 月 26 日に工事完了公告がなされたので、当該公園用地は翌日の 27 日に新発田市に帰属した。平成 7 年 4 月 25 日に A 会社は、市への所有権移転登記手続を法務局に申請したが、農地転用手続が完了しておらず申請を取り下げることになった。

そして、同年 6 月頃、公園用地に供される土地を田から公園に地目変更して、A 会社名義で所有権保存登記がなされた。その後、平成 11 年 7 月頃になって、A 会社が国税を滞納したことから、A 会社の債権者 B は土地等が滞納処分によって差押えの対象になることをおそれ、債権保護のために土地に抵当権設定を希望したが、結局同年 12 月 1 日に本件土地を B に売却した（同年 12 月 6 日に登記）。この間、市と B は本件土地等の帰属について協議を続けていたが、市の担当職員は、本件公園用地の市への所有権移転は寄付という方法しかないと誤解しており、さらにこの土地につき登記が第三者に移転した場合は市は有償で買い戻すしかないという誤解もしていた。この誤解を基礎に、上記の A 会社から B への所有権移転につき司法書士から、公園用地であるが移転登記をしてよいかとの市への問い合わせに対し、市の担当者は止むなしとの回答をしていた。さらに平成 12 年 1 月 27 日、B は本件土地の半分を C に売却したが（同年 2 月 4 日に登記）、この C の土地については D 社を債権者とし、C を債務者とする仮差押登記がなされた（市は B と C の土地につき平成 12 年度～14 年度の固定資産税の課税をおこなっているが、平成 14 年 7 月 23 日に固定資産税の課税処分を取り消す通知を送付している）。このような経緯ののち、市は B と C を被告として、原告に登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続・仮登記抹消手続を求め

る訴訟を提起した。

東京高裁平成16年8月31日判決は、BやCの土地取引は不当な利益を得る目的で所有権移転登記を経由したものであり、BとCは背信的悪意者であり市は登記なくして対抗できると判示した。背信的悪意者として認定した理由につき、本件土地の地目は公園になっており宅地向けの造成工事もなされておらず、Bらが宅地向けに権利取得したとするのは不自然であること、Bらは、宅地にできない土地を、市に高値で買取請求をしていること、そして市の担当者の対応によって、Bらが本件等土地の所有権がA会社にあると誤信したとは認められず、誤信があるとしても、それは不当な利益を得るための期待にすぎないと認定している。これに対して、第一審の新潟地裁新発田支部判決は、Bらを背信的悪意者とするためには、市は所有権を取得しているが、なんらかの事情で登記が経過されていないとの認識をBらが有していることが前提になるとし、誤解していた市の担当者の対応からしてBらは、そのような認識を有していなかったとして、Bらは背信的悪意者に該当しないとしている。

この事例において、Bらが背信的悪意者に該当するかという点での判定は高裁判決が妥当であるとおもわれるが、ここで注目すべきは以下の点である。

この事例は、法40条2項につき民法177条適用説にたつたうで背信的悪意者論を適用する場合、その背信的悪意の認定はかなり不安定なものになるばかりか、本件においてA会社の債権者が、不動産の強制競売を申し立てていれば未登記の市は対抗できなかった可能性があるといふことである。⁽²⁶⁾さらに前述のように、法40条2項に対する民法177条適用説に立つたうで背信的悪意者論によることで広く地方公共団体は登記なくして第三者に対抗できるであろうとする考えについての危惧が示されていたように、本件土地がBらから善意の第三者に転売がなされていれば、市は対抗できなかったということである。

しかし、この事例は市の担当職員の法40条2項に対する無理解から生じ

たものであり、これをもって民法177条適用否定説の論拠とすることは妥当でない。問題は、このような職員の誤解が生じないような組織体制をどう作っていくかということである。

七 公共施設利用権の私法的構成による 補充的保護

上記で、法40条2項による地方公共団体の所有権の確保を、背信的悪意者論や取得時効制度を媒介にして実現するという事例をみてきた。しかし、背信的悪意者論には、悪意者から善意の第三者に転売がなされ登記が経由されたという場合には、もはや地方公共団体は登記なくして所有権を対抗できないという限界がある。法40条2項をめぐる争いは、最終的には住民の公共施設利用権が確保される形で終束すればよいとも考えられるから、この住民の利用権を確保するために、法40条2項という行政法的手法による利用権確保でなく、住民の都市計画法で列挙された公共施設の利用権を私法的構成で確保する手法にも注目しておく必要がある。

開発許可にもとづき分譲目的で宅地を造成した当初から道路として整備され、道路の存在を前提として各宅地が分譲されたが、この分譲地に住居を建設した住民の一部は当該道路を利用しなければ公道に出ることができないという場合、この道路は、都市計画法によれば、管理権もその所有権も開発業者に属するものであるから「私道」ということになる。この私道敷地を開発業者から取得して登記を経由した第三者が、住民の通行を妨害したことで、住民たちの通行権と第三者の所有権の関係が問題となるというケースが発生しうる。そもそも法40条2項は、このような紛争を予防するために公共施設の所有権を市町村に帰属させようとするものである。

さて、このようなケースに対しての判断を示した宇都宮地裁平成11年10月28日判決⁽²⁷⁾は、まず各宅地を分譲するさい、分譲者（開発業者）と被分譲者との間で分譲地を要役地、本件道路用地を承役地とする無償かつ無期限の通行地役権が黙示に設定されたものとする。そして、本件道路に接する

住居等の所有者である住民は、通行地役権の要役権の所有権を取得したことにより、当然に、道路用地を承役地とする無償かつ無期限の通行地役権を取得したものとみなされると判示したのちに、この住民らが有する通行地役権を、代物弁済により分譲者（開発業者）から本件土地の所有権を取得して登記を経由した第三者に対抗できるかを検討する。これについて宇都宮地裁は、本件通行地役権の承役地が本件第三者（分譲者の債権者）に譲渡された時点で、この承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが、その位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ譲受人がそのことを認識していたとして、譲受人が通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に該当しないとしたのである。同様な経緯で分譲者が管理し所有する污水处理施設（用地と設備）を同じ第三者が取得した件でも、代物弁済当時、本件下水処理施設は住民にとって污水处理のために必要不可欠な施設であることを認識していたとして、当該第三者は無償で污水处理施設を利用させる債務とともに本件施設（用地と施設）を譲る受けたものとした。

以上のような構成は、法40条2項の限界を補充するものとして注目すべきものであり、法40条2項にかかわる未登記の公共施設用地の対抗問題を考える上で、重要な素材を提供するものである。ただし、このような構成は道路には適用されるとしても、公園のような公共施設には認められないであろう点にも留意しておく必要がある。

八 さいごに

以上、法40条2項による公共施設用地の地方公共団体への帰属と登記という問題が、裁判にまで発展した例の一部をみてきたが、それだけでも法40条2項と登記をめぐる問題が複雑であり、民法177条の適用・不適用を単純に語ることはできないことが明らかになる。

繰り返しになるが、法40条2項により地方公共団体に帰属する公共施設用地についての未登記には、完了公告前に開発者から地方公共団体以外の第三者に所有権が移転され登記が經由されるというケース、完了公告後で供用開始行為前に第三者に所有権が移転され登記が經由されるケース、そして供用開始行為後に第三者に所有権が移転され登記が經由されるケースなどがある。これらを問題の横軸とすれば、縦軸に、時効取得で争われるケース、背信的悪意者該当性が争われるケース、錯誤無効が主張されるケースなどの法律構成に関わる類型がある。さらに未登記を地方公共団体があえて選択している場合と失念しているケースなどの類型もかぶさってくる。

法40条2項と登記をめぐる問題は、これらの類型を立体的に組み合わせて分析することによって、その解釈論的解決の展望や立法論的提案がなされる条件が作られるものと思われる。本稿は、それらの展望や提案をおこなうものではないが、これまでの法40条2項と登記をめぐる問題が過度に単純化されて議論されているのではないかと感ずることがあったことから、やや詳しい紛争の経緯に立ち入ることで、この問題の検討方法について考えたことを述べさせていただいた。

- (1) 佐藤英善「不況の影響は思わぬところに一公共施設の財産保全」（自治総研 24 8 号巻頭言・2002年）。
- (2) 公共用物と登記をめぐる紛争事例の詳細な整理と検討については、荏原明則「公共施設敷地と登記」（同『公共施設の利用と管理』所収・1999年）129頁以下参照。なお、同「公共施設敷地と登記」（神戸学院法学24巻3＝4号・1994年）69頁以下には、道路と登記の関連が問題とされた膨大な数の判例を整理した一覧表が示されている。
- (3) 島田信次・関哲夫編『地方行政をめぐる紛争解決の理論と実際』に所収の「4 道路の敷地と登記」（渡辺）2頁参照。
- (4) 原龍之介『公物營造物法』（新版・1974年）71頁。
- (5) 昭和44年最高裁判例についての評価については、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。
- (6) 開発許可制度研究会編『最新・開発許可制度の解説』（2005年）262頁以下参照。

- (7) この移管の理解について第一審の宇都宮地裁平成11年10月28日判決(判例集未登載)は所有権の移転を含むとし、第二審の東京高裁平成13年9月12日判決(判例集未登載)は所有権の移転までも含む合意であると理解するのは無理であると判示している。なお、この上告審は上告棄却となっている(最高裁平成14年11月12日判決・判例集未登載)。この事例の内容には、以下の本文で触れるところがある。
- (8) 開発許可制度研究会編・前掲(注6)255頁。
- (9) 同上・265頁は、開発者側から正当な理由なく登記に必要な書類の提出がない場合には、工事検査を一時留保することで、帰属手続の促進を図ることもやむを得ないとする。
- (10) 法40条の意義については、開発許可制度研究会編・前掲(注6)268頁以下参照。
- (11) ここにいう他の法律は主として道路法や河川法等の公物管理法を指すものであり、これらの公物管理法により開発工事で設置された公共施設が国や都道府県の管理に属する場合は発生することになる。
- (12) 開発許可制度研究会編・前掲(注6)255頁。なお、平成4年12月12日付け朝日新聞東京版には、武蔵村山市で住宅街にある公園が不動産業者によって突然に取り壊されたとの記事が掲載されているが、これは公園敷地の管理と所有権が開発業者に留保されたことの結果であると思われる(公園の設置・管理についての法32条による協議も不明確なものであったと想像される)。
- (13) 反対説を主張するものとして、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的課題』所収・1987年)153頁以下、同「公共施設用地と民法177条」(民事研修351号・1986年)10頁以下。
- (14) 吉原・同上「土地公法と民法177条」169頁以下、同・同上「公共施設用地と民法177条」18頁以下参照。
- (15) 東京高裁平成16年2月4日判決(判例時報1872号58頁、その原審は静岡地裁平成15年5月23日判決・判例集未登載)において、法40条2項をめぐる興味ある事実の展開がみられる。昭和57年4月26日に静岡市長からA会社に対して開発行為の許可がなされたが、事前の協議において工事地区内に公園を造成し市に帰属させることで合意していた(この公園の用に供される土地は、まずは河川改修のための調整池として使用され、改修工事が完成すれば調整池を撤去して、公園に整備する)。昭和59年2月1日には完了検査の後に工事完了公告がなされたが、市はこの土地の所有権を法40条2項により取得したが、あえて登記はしなかった。そして、完了検査がなされて工事完了公告がおこなわれたにもかかわらず、実際には公告の時点において河川改修工事は完成しておらず、本件土地は調整池として使用され、公園設置工事は着手さえなされていない状況であった(開発工事は完了していないにもかかわらず工事完了公告がなされたのである)。平成3年6月1日に至って、本件土地に県信用農業協同組合連合会(県信連)を根抵当権者とする根抵当権設定登記(極度額 4億6000万円)がなされた。そして平成7年5月30日に至って本件土地

の競売開始決定がなされたのに対抗して、市は同年10月27日に本件土地を公園区域とする公告（都市公園法 2 条の 2）をおこない、同年11月 2 日に公園としての供用開始行為をおこうとともに、翌平成 8 年 1 月18日に市は、A 会社と県信連を被告として不動産競売事件の執行不許や所有権移転登記手続・根抵当権抹消登記手続を求める訴訟を提起した。結局、平成11年 3 月18日に、市と県信連のあいだで和解が成立し、市が県信連に5500万円を支払い、県信連は本件土地の根抵当権設定登記を抹消して、市への所有権移転登記がなされた。本件の問題は、これで終わらず、市長や公園緑地課長らが登記を怠っていたことで5500万円の和解金の支払いという損害を市に被らせたとして、市に代位して損害賠償を請求する住民訴訟（平成14年改正前地方自治法242条の 2）が提起されたのである。地裁と高裁の判決はともに、工事完了公告の時点で、公園に関する工事は完了していなかった（本来は、検査済証を交付したり、工事完了公告をしてはならない）のであり、公園に関する工事が完了していない本件には、都市計画法40条 2 項の適用はなく、本件土地が静岡市に帰属したことはなかったことから、市長らに、所有権移転登記手続きをなすべき義務はなかったとして、請求を棄却している。この住民訴訟の判断自体も興味ある論点を提起しているが、本稿の問題関心からは高裁判決において、工事完了公告後に登記をしなかった理由について市が主張した内容が整理されている点が注目される。市の主張は、かつて公共施設完成前に不動産の所有権移転登記を受けたが、その後の工事を業者が行わなかった結果、事後処理に窮した経験があり、このような事態を避けるため、公共施設が完成するまで公園等の用地の所有権移転登記を受けないという意識をもっていったというものである（高裁判決は、この市の主張について、市長らが登記をおこなわなかったことに相応の理由があり、登記をおこなわなかったことに損害賠償責任が生じるほどの違法はないとした）。

- (16) 公物法における予定公物の位置づけについては、原・前掲（注 4）78頁以下、塩野宏『行政法Ⅲ』（1995年）259頁以下等参照。
- (17) この高裁判決の原審である札幌地裁平成 5 年10月 8 日判決（判例タイムズ841号115頁）は、裁判例としては法40条 2 項の帰属の法的性格を原始取得とする初めての判断を示して注目されたが、本高裁判決も同項の帰属の法的性格を原始取得とした初めての高裁判決ということになる。なお、本件の上告審である最高裁平成10年10月21日判決（判例集未登載）判決は、高裁判決の判断を支持して上告を棄却している。
- (18) この点を、札幌高裁平成 7 年10月31日判決に関する判例タイムズの解説も指摘している（判例タイムズ900号215頁）。
- (19) 同上の解説は、原始取得ということから法律行為に関する規定の適用が一切排除されるとするのは疑問であると指摘する（同上215頁）。なお、高裁判決の原審である札幌地裁判決は、原始取得という法的性格から錯誤に関する問題は生じないとして、それ以上に錯誤に関わる事実についての判断をしていない。
- (20) この事件の判決年月日は、（第一審）宇都宮地裁平成13年 9 月26日判決、（控訴

- 審) 東京高裁平成14年2月13日判決、(上告審) 最高裁平成15年2月28日判決である(すべて判例集未掲載)。
- (21) 平成4年3月28日付け朝日新聞千葉版によれば、この訴訟の第一審判決である千葉地裁松戸支部平成4年3月27日判決(判例集未掲載)では、市は競売の事実を知らながら自らの権利を守る行為をおこなわなかったとして、本件土地の所有権はD社に属するとしながら、市に本件土地の占有権を認めるとの判断が示されているとのことである。
- (22) 高裁判決の原審たる浦和地裁平成13年2月27日判決(判例集未掲載)も上告審たる最高裁平成14年9月26日判決(判例集未掲載)も、高裁判決と同旨である。
- (23) この最高裁判決の評価については、土井正典「公共用財産と時効取得」(別冊ジュリスト・行政判例百I(第4版)・1999年)72頁以下、第69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「公共用財産の時効取得における『所有の意思』について」(民事研修410号・2004年)79頁以下等参照。
- (24) 吉原・前掲「公共施設と民法177条」(注13)13頁。
- (25) 荏原・前掲「公共施設敷地と登記」(『公共施設の利用と管理』)(注2)154頁。背信的悪意者からの善意の転得者についての民事判例については、最高裁平成8年10月29日判決(民集50巻9号2509頁)等を参照。
- (26) 馬橋隆紀・後藤由喜雄「登記ミスが招いた黒い介入」(判例地方自治262号・年)8頁参照。
- (27) この宇都宮地裁とその控訴審・最高裁判決については、注7参照。

*大学院時代からの付き合いである西鳥羽君が、早稲田大学に赴任されて1年にも満たずに急逝された。平成17年の春からの法務研究科での講義にむけて準備されてきた講義ノートを使うことなく、さらに新しい研究室には書籍の入ったダンボールを運び込んだのみで、自らは一度も使用することなく亡くなられた。このようななかで、自治体問題に詳しい西鳥羽君との会話のなかで話題にのぼった、都市計画法40条2項をめぐる問題についての研究メモともいえるべきものをもって追悼論文とさせていただく。