

公物と取得時効

——日米比較の視点からの若干の再検討——

福 永 実

- 一 はじめに
- 二 公物不可時効性論の変容
 - (1) 最高裁昭和51年判決以前
 - (2) 最高裁昭和51年判決の再検討
- 三 公物不可時効性論の発展可能性
 - (1) 自主占有開始前要件と昭和51年判決の要件的理解
 - (2) 公物の特性への配慮
 - (3) 平成17年最高裁判決
- 四 アメリカにおける公物不可時効性論
 - (1) アメリカにおける「公物」理論の不存在
 - (2) アメリカにおける「取得時効」論
 - (3) アメリカにおける「公物不可時効性」論とその諸相
- 五 結びにかえて——古典的理論の再評価

一 はじめに

本稿は公物の一般的特性としての公物の不融通性のうち、公物の不可時効性を題材に日米の公物法理論の比較分析を行い、その現代的意義を再検討するものである。公物とは講学上の概念であり、国又は地方自治体その他これに準ずる行政主体により、直接、公の目的のために供用される個々の有体物、と定義される¹⁾。国等が行政活動を行う際に、手段として人的資源のみならず物的資源も必要なことは当然であるが、道路、河川（公共用物）、また官公庁（公用物）といった物的資源が一定の行政目的に資する限りで何らかの法的規律に服すべきと考え得る場合、そのような法的規律を産み出す統一的な法理論が「公物」概念の下に構想され、そしてそれは何かがこれまで問われてきた²⁾。

とりわけ道路、河川といった公共用物についてはそれらが適切に管理されているのであれば私人が不法占有する事態は生じないし、また公物が一端成立した以上、公物が制定法

1) 公物概念の意義・種類等について、原龍之助『公物营造物法（新版）』（有斐閣、1974年）60頁以下などを参照。

2) 公物法領域での判例実務では法令の「仕組み解釈」的処理が機能し難い場面が多く、そこで法解釈にあたって行政法理論からの演繹が垣間見られる。橋本博之「判例実務と行政法学説」塩野古希『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣、2001年）370-72頁、塩野宏『行政法Ⅲ（第三版）』（有斐閣、2006年）309-310頁参照。

上の廃止要件を備え普通財産化されるのでなければ、公物の時効取得はそもそも観念し得ないはずである。しかし「里道」や「公共用水路」等、公物管理が法構造上手薄となりがちである（あった）（1999年地方自治法改正前の旧）法定外公共用物がそうであったように、公共用物はその性質上特定個人の利用を排除できず、それ故に当該公共用物を私人が長年独占する実態が継続することが生じ、他方で諸般の事情で行政によって当該公共用物の管理も適切に実施されず、しかし公用廃止手続が行われる訳でもなく、後年何らかの紛争を契機として私人が国等に対し境界画定、所有権の確認ほかを求めてくることが事例としてあり得る。また他方で裁判例を見れば、認定道路のような法定公共用物であっても時効取得が問題となることは決して少なくない。認定道路の例はあらゆる公共用物に完全な管理が及ぶことは不可能であることを示唆するものと言えようが、ともかくも従来、公物管理のこのような実態を共通認識として、公物不可時効性論の当否の問題が議論されてきた。

さて私人が民法162条により公物を時効取得することができるかという問題は、行政法学では古く明治憲法下から議論されてきた。なお、これを許容する条文も禁止する条文も公物管理法上ないし、又なかった。そして戦後の下級審裁判例は、これを否定する明治憲法下の大審院及び行政裁判所の判例に長く従ってきた。これに対して、この問題につき最高裁が初めてその態度を明示したのが最高裁昭和51年12月24日第二小法廷判決（民集30巻11号1104頁）である。事例は、公図上は水路として表示されているが、古くから水田、畦畔に作りかえられ、田やその畦畔の一部となり、水路としての外観を全く喪失した係争地について、私人Xが昭和22年自作農創設特別措置法により国から田の売渡を受けた際、Xは田及び係争地（公図上の水路）を含んだ水田と畦畔全体を売り渡されたものと信じて平穩かつ公然に右係争地の占有を続けた、というものであるが、同最高裁は、

「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、そのため實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、同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、公水路であった土地の時効取得を肯定した。後述するように、同判決は黙示的公用廃止説を採用することで、公物（正確にはかつて公物であった物）の時効取得の成立可能性を認めるに至ったのであった³⁾。従ってこの問題については昭和51年最高裁判決により一応の決着をみたのであるが、以下では、まず同判決以前のわが国の諸学説・裁判例の状況を検討し⁴⁾、次にその後の展開を検討することで最高裁昭和51年判決の判示内容

3) 同判決の解説・評釈等として、島田禮介「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和51年度』492頁、塩野宏「判解」行政判例百選Ⅰ（第一版）、広岡隆「判解」行政判例百選Ⅰ（第三版）76頁、土居正典「判解」行政判例百選Ⅰ（第五版）等がある。

の意義と限界を確認することとする。

二 公物不可時効性論の変容

(1) 最高裁昭和51年判決以前

1 否定説（明示的公用廃止説） 公物理論上、公共用物の成立（廃止）要件として、①その物が一般公衆の使用に供せられることのできる形態的要素の存否、及び②これを一般公衆の使用に供する（供しない）旨の行政主体の意思的行為（＝公用開始（廃止）行為）が必要であると解されている。後者の公用開始（廃止）行為は公物（とりわけ道路など人工公物）の成立・廃止を画し各種の公物的規律の有効性を分ける重要な法概念であり、道路法にいう道路供用開始（廃止）（18条2項）、都市公園法にいう都市公園の供用開始（2条の2）等がこれに該当する。

前述の通り、かつては、明示的な公用廃止行為がなければ公物（私所有権の対象であると否とを問わない）の時効取得はできず、それは公物の性質上当然の事理であるとの立場（否定説）が学説上有力であった。即ち、「私人が其の所有権を取得し随って其の管理が私人に帰属することは、其の公の目的と相容れない」からである⁵⁾。明治憲法下の大審院及び行政裁判所の判例も否定説に立ったが、その理由付けは、①学説が言う如く公物の本質論⁶⁾、及び②公法関係の明確性要請の原則⁷⁾、更には間接的に③行政財産の不可譲渡性を規定する実定法規定（明治23年11月24日勅令第276号官有地取扱規則第11条、国有財産法旧4（現18）条1項、なお（現）地方自治法238条の4第1項参照）を根拠とするものであり⁸⁾、昭和51年最高裁判決以前の下級審裁判例もこれに長く従ってきた。但しこの立場も、公物成立要件の一つである「形態的要素」が自然現象等により滅失し、その回復を図ることが絶対的永久的に不可能となった場合には、意思的な公用廃止行為がなくても公物の廃止を認める例外の余地を残しており⁹⁾、この解釈いかんでは時効取得を肯定する可能

4) 既に多くの分析があるのでここでは要点にとどめる。学説・裁判例を整理したものとして、例えば寶金敏明『里道・水路・海浜（新訂版）』（ぎょうせい、2003年）78頁以下、広岡隆「公物の時効取得」『公物法の理論』（ミネルヴァ書房、1991年）（初出1984年）73頁以下等参照。また昭和51年判決以前のものであるが、訟務座談会「昭和49年の回顧」訟務月報21巻1号（1975年）140頁以下も有益である。

5) 美濃部達吉『日本行政法下巻』（有斐閣、1940年）801頁以下。その他、織田萬『日本行政法原理』（有斐閣、1934年）411頁、柳瀬良幹『行政法教科書（再訂版）』（有斐閣、1969年）233頁等参照。

6) 大判大正8年2月24日民録25輯336頁（里道）、大判昭和4年4月10日刑集8巻174頁（公有水面）等。

7) 昭和51年判決が判例変更すべきものとして挙げる大判大正10年2月1日民録27輯3巻160頁（道路敷）、大判昭和4年12月11日民集8巻12号914頁（下水敷）等。

8) 行裁昭和4年6月10日行録40輯601頁（神社社地）、大判昭和5年7月4日民集9巻9号648頁（神社境内）等。上掲の大審院大正10年判決も私有公物であれば時効取得否定の論理から除外されることを示唆する。

9) 大判昭和8年11月25日新聞3666号11頁（海浜地）。以上の明治憲法下の判例・学説の分析として、

性が（極めて低いものの）ある。この否定説に対しては公物概念に拘り過ぎて時効制度を無視したものであり、実定法規範の根拠がないこと等が明治憲法下の時代から批判されていた。

2 黙示的公用廃止説 次に、公物が廃止されるには明示的な公用廃止行為が必要であるという否定説の立場を前提にしつつ、具体的状況に応じて公用廃止行為の意思を推定すべき黙示的公用廃止の場合があることを許容し、そこで時効取得の問題についても黙示的公用廃止の推定によって認め得ると解する立場（黙示的公用廃止説）が登場した。即ち時効取得の肯定の余地は形態的要素の減失に着目するのではなく、意思的要素に解釈の幅をもたそうとするものであり、下級審裁判例の中にもこれを採用するものがあった¹⁰⁾。なお黙示的公用廃止説の中にも、民法162条の要件を具備すれば黙示的公用廃止を推定する、後述の完全時効取得説に近い立場と¹¹⁾、周囲の諸事情を総合判断して推定すべきとする立場の区別があった¹²⁾。二つの立場の違いは、黙示的公用廃止の成立時期、及び推定基準に表れる¹³⁾。

3 制限的肯定説 以上の公用廃止必要説に対して、以下の二つは公用廃止不要の立場である。まず主として私法学者から、流水、公有水面等元々私権の対象とはなり得ないもの（河川法2条2項、公有水面埋立法24条参照）は別として、道路の敷地等私法上の所有権を認め得るもの（道路法4条、都市公園法32条参照）については公用廃止の有無に関わらず時効取得を認め、但し私人は公用負担付の所有権を取得すると理解する立場（制限的肯定説）が主張された¹⁴⁾。制限的肯定説に対しては、公用制限付の時効取得を認めるこ

田中二郎「公物の時効取得」『公法と私法』（有斐閣、1955年）（初出1935年）参照。

- 10) 大阪高判決昭和49年3月26日高民27卷1号46頁（水路敷）、旭川地判決昭和49年3月29日下民25卷1～4号216頁（堤防敷）。なおフランス法では破棄院の判例で黙示的公用廃止の構成を肯定したものがあろうである。広岡隆「公物の時効取得」前掲註(4)71頁以下参照。
- 11) 渡邊宗太郎『日本行政法（上）』（弘文堂書房、1936年）204～205頁、山田幸男「公物の時効取得」『学説展望』（1964年）117頁等。その後これを支持するものとして、荏原明則「公物・公共施設の成立と消滅」『公共施設の利用と管理』（日本評論社、1999年）19頁参照。
- 12) 田中二郎「公物の時効取得」前掲註(9)202頁以下、同『土地法（改訂）』（有斐閣、1967年）53頁註3もこの理論構成をあり得る解釈として補足的に紹介している。その後これを支持するものとして寶金敏明『里道・水路・海浜』前掲註(4)84、87頁があるが、比較衡量すべき対象の中には私人の利益も含まれているようである。
- 13) 即ち、前者であれば時効完成までに黙示的公用廃止が成立すればよいと解する余地があり、またその推定基準は民法162条の要件のみである。そこで時効起算点が不明確であるといった点のほか、公物の意思的要素を重視しながらフィクションを用いて実質的にそれを形骸化している点で論理構成として技巧的である、等といった批判があった。後者であれば私人の自主占有開始前に黙示的公用廃止が成立する必要性が生じ、かつその推定基準は民法162条の要件以外の諸事情も加わる可能性がある。この点について後述するように公益性要件が加味されているなどといった批判があったが、時効取得の要件論としてではなく黙示的公用廃止の推定基準である以上、批判は妥当しない。広岡隆「公物の時効取得」前掲註(4)94-95頁参照。

とは論理的に矛盾する、との批判があるが、道路供用開始と登記に関する昭和44年最高裁判決は公物性の効力維持を必ずしも権原の有無に求めている¹⁵⁾。

4 完全時効取得説 制限的肯定説によれば、かえって公共の用に供されている事実が裁判で確認・強調される事態となり、時効取得を認める実質的意義が無い点を問題視する立場からは、時効制度は法の一般原則であるとして、公物の規範的存在を承認しつつも端的に公物にも取得時効の適用を肯定すべきであるという見解（完全時効取得説）も戦前より田中二郎博士などによって主張されていた。なお完全時効取得説の中にも私益と公益の比較によって決する立場と¹⁶⁾、端的に民法を適用する立場の区別があった¹⁷⁾。完全時効取得説に対しては公物の規範的存在を全く無視することとなる等の批判があった。

以上の諸学説は、公用廃止の必要性の有無の軸とは別に、結論において公用負担を維持する志向性を持つもの（否定説、制限的肯定説）とそうでないもの（黙示的公用廃止説、完全時効取得説）との対立軸をも有するものであった。

(2) 最高裁昭和51年判決の再検討

1 田中説の影響 さて最高裁は、予定公物（都市公園）への時効取得を肯定した最判昭44年5月22日民集23巻6号993頁を経て¹⁸⁾、昭和51年最高裁判決において黙示的公用廃止説（しかも総合判断説的なそれ）を採用することで、公物（であった物）の時効取得の成立可能性を認めるに至った。そして昭和51年最高裁判決は最判昭和52年4月28日裁集民120号549頁（里道）でも踏襲された。

しばしば指摘されているように、昭和51年最高裁判決は、否定説の前述の理由付け②を採用する大審院判例（大判大正10年2月1日民録27輯3巻160頁（道路敷）及び大判昭和4年12月11日民集8巻12号914頁（下水敷））を否定することで公用廃止行為の範囲を黙示的なそれにまで拡大したに過ぎないのであって、昭和51年判決が枠組みとしては公用廃止必要説になお与していることは明らかである。但し③の国有財産法等の規定は、明治憲法

14) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）208頁、戒能通孝「大判昭和5年7月4日民集9巻9号648頁判評」判例民事法昭和5年217頁、磯崎辰五郎『公物营造物法』（日本評論社、1940年）29頁以下等参照。なおドイツ法では制限的肯定説に相当する理解が主流のようである。大橋洋一「公物法の日独比較研究」『行政法学の構造的変革』（有斐閣、1996年）（初出1994年）216頁参照。

15) 最判昭和44年12月4日民集23巻12号2407頁は、私人に所有権があることは肯定しつつ、適法に公用開始行為が成立した以上は公用廃止行為なき限り公用制限付の土地として所有するに至ったものと解するので、制限的肯定説の立場からの説明に最も適していると言い得る。この点に関して、宇野栄一郎「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度』620頁を参照。

16) 予定公物の事案であるが、大阪高裁昭和43年5月29日高民21巻3号294頁参照。

17) 田中二郎「公物の時効取得」前掲註(9)195頁～98頁以下、原龍之助『公物营造物法』前掲註(1)170頁以下、塩野宏「昭和44年最高裁判決判解」行政判例百選（新版）55頁参照。昭和51年判決の原審である仙台高判昭和50年10月6日高民28巻4号309頁も完全時効説的処理をしている。

18) 判例変更を示唆したと理解するものとして、千種秀夫「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度』392頁、阿部泰隆「公物の時効取得の成否」補償時報21号44頁参照。

下の学説もまた裁判例の上でも、あくまで①を補強する為に間接的に援用されていたに過ぎなかったものであり、結局、最高裁の論理の中で中心に位置しなお残存しているのは不可時効性を含む①公物の本質論であることとなる。昭和51年判決は公物の時効取得への道を開いた判決としてよりは、依然として公物はその性質上、不可時効性を有することを確認した判決であることがまず確認されるべきである。他方で昭和51年判決には、かつてのように公物演繹論を超えて、不可時効性を有する実定法上の根拠は何か、またそのような性質を帯びる「公物」とは何かを公共用物に見出される様々な法現象を考察する中で帰納的に発見していく作業が不十分であるように思われる。しかし、ともかくも昭和51年判決が不可時効性をなお維持したことの正当性は、間接的ながら時効取得を消極的に評価していると考える余地のある実定法の規定もあること¹⁹⁾、権原を公物の存続要件ではないと解した最高裁昭和44年判決ほか判例法理との整合性²⁰⁾、なお制度外在的理由ではあるが實際上全ての公共用物に完全な管理が及ぶことは不可能であり、公共用物が国民から公共信託された点が重視されるべきという点²¹⁾、等々にあるように思われる。

それでは昭和51年判決が「公物の本質」として示唆したものは何か。一般的に最高裁昭和51年判決の説示（前述）は公用廃止行為が推定される上で4つの要件、即ち（以下の符号は筆者）、①長期間放置要件、②公物的形態・機能完全喪失要件、③公の目的阻害要件、④公物維持の将来的必要性要件、とでも呼ぶべき4要件が必要となることを示したものと理解されているが、しかしなぜこの4要件が必要となるのか、説明は特段無い。黙示の公用廃止行為の内容として、どのようなものを構想するかは様々な考え方があり得ようが、この点は前述の通り最高裁昭和51年判決以前の学説上も確立されるどころではなかった。ところで、かつて田中二郎博士は公物性の存続を自明視する否定説ないし制限的肯定説を批判するにあたり、まずもって公物の時効取得が問題となる事実状況は、公物が公共の用に供されていないことである点を昭和10年に刊した論文「公物の時効取得」にて説明していた。即ち、「長年の間事実上公共の目的に供用されて居ないといふ事実の上に初めて時効取得が認められるのである。公物でありながら公物としての使命に奉仕せしめられることなく、他人の平穩且公然の占有が許容せられ、而もそれで實際上不都合を生ぜず、其の管理者も之に対し何等の手段を講ずることなく放置して来たればこそ、時効の成立が認められたのである……。之は後に述べるやうに既に公物たる性質を失ったものと解せしめる所以である」と²²⁾。田中説が問題としているのは公物の時効取得が問題となるその問題状況のイメージであり、いわば公物の客観的形態の有無である。最高裁が田中説に強く影

19) 広岡隆「公物の時効取得」前掲註(4)92頁以下参照。これについては批判がある。戒能通孝「判評」前掲註(14)219頁、同旨、田中二郎「公物の時効取得」前掲註(9)195頁以下。

20) 最判昭和44年12月4日民集23巻12号2407頁（解説として拙稿「道路供用開始」行政判例百選Ⅰ（第五版）及びそこに挙げた引用文献）参照。

21) 訟務座談会・前掲註(4)145～46頁（仙田発言）。

22) 田中二郎「公物の時効取得」前掲註(9)197～98頁。同『土地法（改訂）』（有斐閣、1967年）33頁註4も参照。

響を受けていることは明白であるが、であれば最高裁が提示した4要件も公物の客観的な存続要件（但し形態的要件の諸要素とは一致しない）として理解すべきこととなる²³⁾。

2 学説の評価 その後の下級審裁判例でも昭和51年判決の判断枠組みの下で公用廃止行為が推定されるか否かについて判断が積み重ねられてきており、「公物の時効取得」を黙示的公用廃止で処理するという方法は、理論上はともかく、実務上は固まると評価できる。昭和51年最高裁判決以後の行政法学の学説状況は、黙示的公用廃止説と完全時効取得説の間での対立が主たるものとなっているが²⁴⁾、最高裁の理論構成が田中説と共通する部分があるとすれば、結局、両説いずれのアプローチであっても、公共用物の敷地の時効取得を私人に肯定すべき現実的状况であるならばこれを肯定する方向で一致するのは当然であり、また公益上の理由から物を公物管理状態に復帰させる必要がある場合には損失補償等に対応する点でも一致を見るので、残りの争点は、理論構成として「黙示の公用廃止行為」という技巧的解釈を挟むか挟まないかの点に集約される。

しかしこの争点も、「黙示の公用廃止行為」の内容次第で解消されるはずであり、完全時効取得説も①長期間放置要件、及び②公物的形態・機能喪失要件が欠けている場合にはおよそ私人が公物を時効取得する状況では在り得ないことに合意するはずである。問題は、とりわけ③公の目的阻害要件、及び④公物維持の将来的必要性要件という国・公共団体側の利益衡量の要素を問題に取り入れた点である²⁵⁾。なお最高裁が参考にしたであろう黙示的公用廃止説を採用した下級審裁判例も、④を要求しないものもあれば²⁶⁾、①と②を充足する結果④も充足し黙示的に公用廃止があったものとも考えるものもあった²⁷⁾。また田中説では④に当たる部分は言及が無く、寧ろ前記引用部分に続けて、「此のような事情の下に於いて、尚ほ『公共の用』を主張するのは、恐らく、今迄こそ公共の用に使用されなかったが、将来又公共の用に供すべき必要を生ずるであろうからというものに在るものと解せねばならぬ。若しさうであるとすれば、私の考へる所では、一旦時効取得を認めた後再び収用の手続を採ればよい」と述べられている。

以上の通り、公物の客観的な存続要件（あるいは状態）について昭和51年判決と田中説の間には理解に相違があるが、ただ田中説の方がより私権保護的な志向を有するものであ

23) 田中説の当該引用部分は黙示的公用廃止説の内容として直截叙述されたものではないが、「後に述べるやうに」が田中論文の後半（公物の公用廃止には明示の意思表示を要するか）を指すのであれば、最高裁がこれを黙示的公用廃止説の内容構成に流用したのも首肯し得る。なお、島田禮介「判解」前掲註(3)492-93頁も参照。

24) 黙示的公用廃止説を支持するものとして広岡隆「公物の時効取得」前掲註(4)101頁、大浜啓吉『行政法総論』（岩波書店、1999年）221頁等、完全時効取得説を支持するものとして塩野宏『行政法Ⅲ』前掲註(2)328頁註3、岡田雅夫「公物」法学教室226号（1999年）51頁等参照。

25) 塩野宏「判解」前掲註(3)83頁。なお④要件を扱った最近の事例として、高松高判平成16年11月11日訟務月報51巻8号2076頁参照。

26) 旭川地判決昭和49年3月29日下民25巻1~4号216頁。

27) 大阪高判決昭和49年3月26日高民27巻1号46頁。

ったことが窺われる。以下では、公物不可時効性に関する諸学説・裁判例の検討を通じて昭和51年判決と田中説の共通点と相違点、及びその意味するところを探る²⁸⁾。

三 公物不可時効性論の発展可能性

(1) 自主占有開始前要件と昭和51年判決の要件的理解

1 まず昭和51年判決以降の下級審裁判例のほとんどは、同判決の前記説示の引用に続けて、「右黙示の公用廃止が認められる要件に適合する客観的状況は遅くとも取得時効の起算点である自主占有開始の前に存在しなければならない」のであり²⁹⁾、「占有開始後時効期間進行中のいずれかの時点ではじめて右基準を具備したというだけでは足りない」との要件を要求している³⁰⁾。昭和51年判決自体はこれら要件の成立時期について特段触れるところではなかったが、実際のところ、同判決の事案の処理においては自主占有開始前の状況を問題としていた（なお後述する最高裁判平成17年判決も、この自主占有開始前要件を当然の前提として判断している³¹⁾）。このような、言わば自主占有開始前要件の要件化に関して、次の二点が指摘し得る。

第一に自主占有開始前要件の要求は、黙示的公用廃止説への主要な批判、即ち時効起算点が不明確となるという点に対する応答であったのは間違いない。即ち、下級審裁判例はこの自主占有開始前要件を前提に、まずは私人の自主占有の時期を確定した上で、その時期以前に公共用物の公物性が喪失していると評価できるかを、外形的歴史的に観察する方法を取っている。黙示的公用廃止説においては理論的に公用廃止後にはじめて時効取得の議論が可能となる以上、この自主占有開始前要件は当然必要となるものであり、従ってこの要件の要件化によって、黙示的公用廃止説の内部でも民法162条の要件具備をもって黙示的公用廃止を認める立場は否定されているものと評価でき、また当然、完全時効取得説との間でも時効取得の成否につき差異が生じることとなる³²⁾。

第二に、この自主占有開始前要件を要求する下級審裁判例は、その暗黙の前提として、

28) 自主占有その他の民法上の論点については省略する。自主占有については、最近のものとして、不法占拠であることが立証されれば所有の意思が否定されると判示した大阪高判平成15年5月22日判タ1151号303頁参照。また公物の時効取得について最も論争されるべき民法上の要件は、占有概念であろう。山林の占有態様につき、昭和46年3月30日裁集民102号371頁。

29) 大阪高判決平成4年10月29日訟月39巻8号1404頁（水路）（傍点筆者）。

30) 福岡地小倉支判昭和58年4月28日訟月29巻11号2046頁（傍点筆者）。この自主占有開始前要件を要求する高裁判例としてその他、大阪高判平成15年6月24日判例時報1843号77頁（道路敷）、大阪高判平成15年5月22日判タ1151号303頁（河川敷）、東京高判平成3年2月26日訟務月報38巻2号177頁（道路敷）、広島高判決昭和61年3月20日訟月33巻4号839頁（里道）等参照。

31) この点は島田禮介「判解」前掲註(3)496頁註7で既に指摘されていた。

32) 例えば自ら公共用物を破壊して占有を開始した場合、完全時効取得説においては20年間の占有でもって時効取得が認められる余地があるが、黙示的公用廃止説では自主占有開始前に各要件が具備されていないことになる。

昭和51年判決の説示が黙示の公用廃止を推定する上で4つの要件ないし基準を必ず要求するものとの理解があるようである³³⁾。学説上もこうした理解を前提に黙示的公用廃止説ないし昭和51年判決の理論構成を難じて、「各要件を緩やかに解すれば、全面肯定説に限りなく近い結論になるし、逆に各要件を厳格に解釈・運用すれば、従前の判例と同様、否定説に等しい結論になる」と批判が加えられていたところであり³⁴⁾、また各要件の意味内容の探求が行われてきた。

2 しかし昭和51年判決の当該説示は要件論として明示していたわけでもなく、むしろ相互に内容が重複しているものがある。この点で最近の大阪高判平成15年6月24日判例時報1843号77頁を検討する。同事件の概要は、旧国鉄が東海道新幹線用地を獲得するため、A所有地と旧国鉄所有地を交換することとし、右旧国鉄所有地を建築可能な状態に整地の後Aに引き渡したが、しかし整地前の右土地のほぼ中央付近には国有里道があり、かつAは引渡し直後に右土地の占有を開始したというものであり、私人が占有を開始する直前の旧国鉄の整地行為によって里道の公物性が失われた点に事案の特徴があるが、自主占有開始前要件を前提としつつ昭和51年判決の「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たこと」を文言通りに解するのであれば、このような事案の処理は極めて困難なものとなるはずである。実際、第一審も結論としては、「本件係争地が里道としての形態、機能を喪失してからAが占有を開始するまでには、わずか数ヶ月しか経過していない」ので、要件①を満たさないと判断している。これに対し大阪高裁判決は、昭和51年最高裁判決を引用の上、旧国鉄が新幹線用地取得の代替地として本件土地をAに提供する必要があったことから、本件係争地についてはいずれ明示の公用廃止をする意思であり、そのために旧国鉄による本件係争地の整地を了承・容認していたものと考えるのが自然かつ合理的であると推認して黙示の公用廃止を導いた上で、「長い間」に関して、「国は、黙示の公用廃止の要件として、前記最高裁判決は、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たことを要求していると主張しているが、同判決は、黙示の公用廃止を認めうる一例を判示したにすぎないものと解され、本件のように、公共用財産の所有者の了解の下に当該公共用財産について、その形態、機能を全く喪失させるような行為が行われた場合について、黙示の公用廃止を否定する趣旨であることまで判示したものではない」とした³⁵⁾。

留意すべき点は、昭和51年判決及び田中説が想定する「時効取得が認められるべき事例」

33) 最たる例として、東京地判平成10年2月23日判タ1016号158頁（道路）参照。

34) 寶金『里道・水路・海浜』前掲註(4)87頁。各要件を限定的に理解すべきとするものとして、遠藤きみ「判解」民事研修239号49頁。

35) 傍点筆者。本件の如く、公共用財産の所有者あるいは管理主体が公共財産の公物性の喪失に積極的に関与している場合と異なり、公物の形態、機能の喪失の原因が専ら自主占有者本人に原因がある場合（従来ケースのほとんどがこれに該当しよう）の「長い間」の解釈に関しては、国有水路を私人が無許可で埋め立てた事案に関する大阪高判平成4年10月29日訟月39巻8号1404頁が、無断埋立て時から約6年を経過した時点（時効起算点）ではいまだ水路が「長年の間事実上公の目的に供されることなく放置され」ていたとみることは極めて困難である、としている。

のイメージと、右事件で肯定された黙示的公用廃止の事実状況は、著しく齟齬があることである。この点に関して塩野教授が昭和51年判決の評釈において、その「一般論は、見方によれば、公物に対する取得時効が問題となる状況を単に説明したにとどまると解することもできる」と述べている通り³⁶⁾、公物と時効取得の問題を考える際にその状況説明に過度に縛られる必要性はないと思われる。この点で大阪高裁判決が、昭和51年判決は「黙示の公用廃止を認めうる一例を判示したにすぎない」と述べたことは注目すべきであり、昭和51年判決の説示に対する要件的理解の行き過ぎは状況説明という田中説の含意を忘却させ、かえって「時効取得を認めて本来然るべき事例」の種類を狭める結果となろう³⁷⁾。

(2) 各種公物の特性への配慮

昭和51年判決がなお念頭に置く公物の本質論は、かつての否定説のように私法的規律を当然に一切排除するものとして概念措定されたものなのか、それとも各種公物の個別の性質、その置かれた状況に応じて概念利用されるものなのか³⁸⁾。この点最高裁は、少なくとも「公法関係の明確性要請の原則」を放棄したことで、個々の公物の状況を見極めながら時効取得の成否を決定できるように黙示的公用廃止の内容を構成したように思えるが、昭和51年判決の論理構成の中に、各種公物の具備する公益性の濃淡そのものを考慮要素とする仕組みは明示的には埋め込まれているとは言えず、また当然のことながら田中説においても特段この点は考慮されていなかったように思われる。この問題を、公用物、予定公物、自然公物に関して再検討する。

1 公用物 昭和51年最高裁判決は公共用物を取り扱ったものであり、公用物への時効取得についても適用あるかは定かではない。学説上は、公物に公用物も含むものとして議論している形跡があるが、公用物への適用可能性を明示するものはない³⁹⁾。他方で裁判例では、否定説が通説的見解であった昭和51年最高裁判決以前において、公用物も公用廃止行為のない限り時効取得の対象とはならないと解するものがあるが⁴⁰⁾、これらの裁判例にあるように公用物と公共用物の質的区別を重視しないのであれば、公用物への時効取得にも昭和51年最高裁判決の射程が及ぶこととなろう。

ところで、明治憲法下において公有財産（神社境内）の時効取得を否定した大審院昭和5年7月4日判決の評釈において、戒能道孝が「公物についてもその有する公権的色彩にして濃厚ならざる限り、取得時効の目的物たり得るものとなすことは決して公の権威を毀

36) 塩野宏「判解」前掲註(3)83頁。

37) 4要件の理解に関して、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76集5号(1988年)34頁参照。

38) 岩佐勝博「総合的研究」前掲註(37)29頁註5参照。

39) むしろ消極に解するものとして、広岡隆「公物の時効取得」前掲註(4)98-99頁参照。

40) 盛岡地判昭和40年7月26日訟月11巻9号1281頁(演習林)。なお行裁昭和4年6月10日行録40輯601頁(神社社地)、大判昭和5年7月4日民集9巻9号648頁(神社境内)。

損するものではなく、却って時効制度本来の要求である」と説き、公権的色彩の濃い公有水面や河川敷地（当時）から公権的色彩の薄い公有財産まで目的物の公権的濃度に応じて時効の適用を検討すべきことを説いていたことが注目される⁴¹⁾。各種公物の性質に応じて時効取得の成否を決定すべき旨を述べた戒能説は、制限的肯定説として議論されているために時効取得が許容される類型を明示しようとする志向が見て取れるが、反対に、公物の時効取得を肯定しようとする学説にはそれを許容できない類型を明示しようとする志向に欠けるきらいがある。これはおそらく道路や河川を念頭において、公物概念内部でその性質上の差異にそれほど注意が向けられていなかったことによるのではないだろうか⁴²⁾。

2 予定公物 公用物ではなく公共用物に関する事例であっても、公物と予定公物の質的差異はどのように処理されているのか⁴³⁾。前述の通り最高裁は、予定公物の時効取得については昭和44年判決においてこれを一般論として肯定した。そこでその射程が公物一般にも及ぶものであるかが昭和51年判決以前は議論されたところであるが、しかし昭和44年判決の事案では、予定公物としての決定前に私人の占有があり決定後も公物としての形態的要素が形成されなかったこと、また都市公園法32条を準用する33条4項の如き制定法上の規定も当時の旧都市計画法上なかった点が重要であるように思われる⁴⁴⁾。従って予定公物決定後に私人が占有を開始した場合や、道路法91条等で規律された予定公物に関して時効取得が問題となる場合のように、昭和51年判決と昭和44年判決の隙間の事例が生じた際にこれをどう理解すべきか、換言すれば、予定公物であれば時効取得が即肯定されると言い切れるのかの問題はなお残っている。この点に関する裁判例は極めて少ないが、東京高判昭和63年9月22日判時1291号69頁は昭和51年判決の枠組みで、横浜地裁昭和57年8月31日訟月29巻2号213頁では黙示的公用廃止の成立はそもそも議論されることなく、予定公物の時効取得を否定している。いずれの事案でも、公用開始（廃止）行為の有無に重点は置かれず、当該物件に備わる公物性の実体から不可時効性が判断され、予定公物と公物の形式的な区別はなされていないのが特徴である。

41) 戒能「判評」前掲註(14)220頁以下。なお岩佐勝博「総合的研究」前掲註(37)7, 122頁参照。

42) 田中二郎「公物の時効取得」前掲註(9)206頁における「惟ふに具体的に時効制度が適用されるや否やを検するに當っては全法律秩序の中に於て時効制度の占める地位を考へ、公物の性質・目的と時効制度の適用との利益衡量によって決せねばならぬ」との記述は、恐らく公物一般論として述べられているに過ぎず、公物の種類に応じた利益衡量の必要性を述べたままで理解するのは困難である。なお公物管理権は物の属性に規定されるべき点を説く塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」『行政組織法の諸問題』（有斐閣、1991年）（初出1979年）319-20頁参照。

43) 予定公物とは、公物としての形態的要素が未だ備わっていないが、公物管理者が法律の定めるところにより将来公物となるべき物の範囲を決定することによって成立し、その限りで公物に準じて取り扱われるものを言う。公用開始行為も形態的要素も欠く点では公物ではないが、予定公物としての意思的要素は存在する。実定法上も国有財産法3条2項のほか、道路法91・92条（道路予定地）、河川法56～58条（河川予定地）、都市公園法33条（公園予定地）に予定公物の概念が垣間見られる。

44) 前掲・千種秀夫「判解」前掲註(18)394頁参照。

3 自然公物 これまで最高裁判例で時効取得の成否が問題となった公物は、都市公園（予定公物）を扱った昭和44年判決を別にすると、公共用水路（昭和51年判決）及び里道（昭和52年判決）である。ここで人工公物と自然公物の区別をもって両者を分類すると、前者は自然公物、後者は人工公物と一応は分類されようが、水路や河川堤防が象徴するように元来人工公物と自然公物の区別は極めて相対的なものであり、公共用水路を扱った昭和51年判決をもって自然公物一般の時効取得の可能性が肯定されたもの、と評価するのは適切ではない。実際、昭和51年判決以降の下級審裁判例において河川敷や堤防敷等の自然公物の時効取得を取り扱うものは、同判決の枠組みを採用しつつもその時効取得を肯定するものはほとんどない。この点に関して最近、自然公物の典型である公有水面の陸地化した部分につき時効取得を肯定した最高裁平成17年判決が出現したので、次に節を改めてこれを検討する。

(3) 平成17年最高裁判決

事案は次の通りである⁴⁵⁾。昭和25年9月、Aは大分県知事から公有水面埋立法（昭和48年法律第84号による改正前のもの）2条に基づく埋立免許を受けて工事を行い、昭和32年9月ころ埋立地を陸地化させた（但し竣功認可がされることなく同免許は後に失効した。後述）。同月頃、Bは同埋立地をAより買い受け占有を開始し、昭和45年12月にBの死亡によりCが右埋立地の占有を取得・継続し、Cも平成7年11月に死亡するまでその占有を継続した。そこでCの相続人Xが、埋立地に対する被相続人の時効取得を主張して国Yに対して所有権の確認を求めたものである。

本件の争点は、竣功未認可埋立地である本件各埋立地を時効取得できるかであるが、その前提として、竣功未認可埋立地が所有権の客体たる土地（民法86条1項）なのかがまず問題となる。この点は、海は所有権の対象として観念できるか、という古典的問題の一つとして古くから議論されてきた⁴⁶⁾。物理的に海は「海水とその敷地（海床）とをもって構成される統一体」として把握されるが⁴⁷⁾、しかし海水の方は河川の流水（河川法2条2項）と同じく所有権の対象とはなり得ないと考える余地があり、また海水は埋立土砂の堆積により海底地盤を底辺とする海域空間から除かれるので、主たる問題は海底地盤と埋立地とを一体とした有体物の不動産性である。この点、公有水面埋立法によれば、公有水面とは「河、海、湖、沼其ノ他ノ公共ノ用ニ供スル水流又ハ水面ニシテ国ノ所有ニ属スルモノ」

45) 最判平成17年12月16日判時1921号53頁。一審（大分地裁佐伯支判平成15年3月12日判例集未登載）・二審（福岡高裁宮崎支判平成15年9月9日判例集未登載）の判断を基本的には是認する。なお法令解説資料総覧292号において同最高裁判決につき若干の検討を行ったが、本稿でその一部を加筆・修正している。

46) 寶金敏明『里道・水路・海浜』前掲註(4)176-186頁、藤田宙靖「海面下の地盤と土地所有権」『行政法の基礎理論（下）』（有斐閣、2005年）（初出1994年）、阿部泰隆「海面下に没する干潟の所有権の有無」『行政法の解釈』（信山社、1990年）（初出1987年）参照。

47) 最判昭和61年12月16日民集40巻7号1236頁（田原湾干潟事件）。また山口真弘・住田正二『公有水面埋立法』（日本港湾協会、1954年）8-9頁参照。

とされ（1条1項）、公有水面の埋立を計画する者は都道府県知事の免許を得る必要があり（2～4条）、出願者は埋立免許を受けたならば埋立工事の著手及び竣工を都道府県知事の指定する期間内に行うこと（13条）を要し、これを怠れば免許は当然失効する（34条1項）。なお埋立の免許が失効した場合、埋立免許を受けた者は埋立工事の施行区域内における公有水面の原状回復を埋立法自体によって義務付けられる（35条1項）。そして工事竣工したときは遅滞なく都道府県知事に竣工認可を申請することを要し（22条1項）、知事が竣工認可の告示（同2項）をした日に埋立免許を受けた者は埋立地の所有権を取得するものとされる（24条1項）。ここで埋立免許とは講学上の「特許」に該当し、特定の公有水面につき竣工認可を条件として当該公有水面の効用を廃止し、埋立地の所有権を埋立の免許を受けた者に取得させる性質をもつものとされ、竣工認可は埋立免許及びこれに附した条件に定める埋立及びその工事の計画に適合しているかどうかを確認する「確認行為」に過ぎないとされる⁴⁸⁾。このように公有水面埋立法は埋立事業法という性格ゆえに厳格な公用廃止手続を要求している。

以上の公有水面埋立法の構造によれば、竣工未認可埋立地はそのままで所有権の対象とはなり得ない。この点は二つの最高裁判決によって確立されている。まず最高裁は昭和61年の田原湾干潟事件判決（払下海面）において、原則として「海は、古来より自然の状態のまま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って、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」とした上⁴⁹⁾、「公有水面埋立法が、公有水面の埋立てをしようとする者に対しては埋立ての免許を与え、埋立工事の竣工認可によって埋立地を右の者の所有に帰属させることとしていること」に照らせば、現行法上も海についての所有権性は否定されている旨を判示していた⁵⁰⁾。また昭和57年の最高裁判決では、「公有水面を埋め立てるため土砂を投入し……、……埋立地が造成されてもそれが公有水面に復元されることなく土地として存続すべきことが確定されるまでは、なお右の土砂は公有水面埋立法35条1項に定める原状回復義務の対象となりうるものと考えられること等に照らすと、右の土砂は、その投入によつて直ちに公有水面の地盤に附合して国の所有となることはなく、原則として、埋立権者が右の土砂を利用して埋立工事を完成し竣工認可を受けたときに、公有水面埋立法24条の規定により埋立地の所有権を取得するのに伴い、民法242条の不動産の附合の規定によつて直接右の土砂の所有権をも取得

48) 山口・住田『公有水面埋立法』前掲註(47)26-33, 157, 304頁, 三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』（日本港湾協会, 1970年）50-51頁参照。函館地判昭和54年3月23日訟月25巻10号2522頁。

49) 傍点著者。海の所有権性が否定される論拠としてここで挙げられた「公共用物」は、道路法4条を前提とすると公共用物一般というよりは自然公物と理解する必要があるが、自然公物と解しても河川法2条2項との問題が生じる。しかし、旧河川法では流水に加え河川敷の所有権性もが否定されていた例もあり、ここでの「公共用物」は自然公物一般ではなく、更に河川と海洋との性質の差異を意識して理解されるべきである。

50) 最判昭和61年12月16日民集40巻7号1236頁。

するまでは、独立した動産としての存在を失わない」と判示されている⁵¹⁾。両判決によれば、埋立地を構成する土砂等の物件は「不動産」ではない海底地盤に附合（民法242条）せず法35条1項に定める原状回復義務の対象としての動産（「公有水面ニ存スル土砂其ノ他ノ物」（2項））として存在し得るととどまり、私人が埋立免許を受けて適法に竣功認可を得た場合、又は原状回復義務が免除され当該埋立地に対し国有化処分がされた場合にのみ海底地盤に附合することとなる。

なお昭和48年改正前の公有水面埋立法36条2項・3項には「埋立ノ免許ヲ受ケシテ埋立工事ヲ為シタル者」に対する追認免許制度があり⁵²⁾、同追認による竣功認可を得ることで埋立地の所有権を私人が取得する可能性があった。同制度は無免許（無願）埋立であっても国民経済上妥当と考えられるものについては埋立を完成させる趣旨で用意されていた。従って旧埋立法は埋立免許によって公有水面の公用廃止と不動産性の付与を行うことを原則としつつ、免許失効後は三ヶ月以内の免許復活手続（法34条1項但書）及び追認免許により未竣功認可埋立の一部を拾い上げる制度構造となっていた。しかし、追認制度があるがために無願埋立が急増し埋立行政の適正に欠く事態が生じたため、昭和48年に廃止された⁵³⁾。従って追認制度が廃止された現行法上にあつては、公有水面の公用廃止は免許を正面から受けることのみが残されていることとなる。なお、新たに免許を求めることについては、埋立土砂が陸地化していなければ可能であるが、既に陸地化してしまえばそれを公有水面とは呼び難く⁵⁴⁾、この場合の未竣功認可埋立地について私人が所有権を直接取得する余地はなくなった。

それでは竣功未認可埋立地（無願埋立地）を時効取得することは可能か。学説は一般に以上の公有水面埋立法の構造からこれを否定するか⁵⁵⁾、竣功未認可埋立地を黙示的公用廃止論によって時効取得する余地を一般論として肯定しつつも、無願埋立の追認すら否定した現行法の趣旨及び海の有する高度の公共性から、安易な公用廃止の認定は避けるべきであるという主張で占められている⁵⁶⁾。裁判例においては、公有水面埋立法の手続の趣旨から竣功未認可埋立地は取得時効の対象となり得ないとするものとして那覇地判昭和55年1

51) 最判昭和57年6月17日民集36巻5号824頁（傍点著者）。

52) この「埋立ノ免許ヲ受ケシテ埋立工事ヲ為シタル者」には埋立免許が失効した者も含まれると解されていた。山口・住田『公有水面埋立法』前掲註(47)349-352頁参照。

53) 石井正弘「公有水面埋立ての規制の強化」時の法令857号8頁（1974年）参照。同法改正の趣旨は、意見聴取手続の整備（3条）、埋立免許基準の明定（4条）、埋立後の期限付行為制限（27～29条）、環境庁長官との調整（47条2項）などの追加・修正を見れば環境保全にあることは明白であるが、追認制度の廃止目的も環境保全にあったのか、単に利権化の防止にあったのは定かではない。

54) 山口・住田『公有水面埋立法』前掲註(47)356-57頁参照。反対、三善政二『公有水面埋立法』前掲註(48)232頁。

55) 原島重義「名古屋高判昭和35年12月27日判批」民商法雑誌45巻3号（1961年）岩佐勝博「総合的研究」前掲註(37)127頁、中野哲弘編『国有財産訴訟の実務』（新日本法規、1994年）492-94頁（松本清隆）参照。

56) 寶金『里道・水路・海浜』前掲註(4)206頁、大野重国「無願埋立地において原状回復義務を免除した場合の時効取得の成否」後掲註(59)55頁。

月22日訟月26巻3号456頁などがあり⁵⁷⁾、他方で和歌山地判昭和62年5月27日判例自治42号67頁及び岡山地判平成元年11月29日判例自治71号82頁は、結論としては時効取得の成立を否定したが、黙示的公用廃止論の利用可能性を肯定していた。以上のような対立の中、徳島地判平成7年3月30日訟月42巻12号2819頁は⁵⁸⁾、原状回復義務に着目した判断を行った。即ち、「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還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、国の所有に帰すものと解するのが相当である」と述べ、もともとは公有水面であったものが後に人為的に埋め立てられ陸地化したような場合でも、明示的な原状回復義務免除と国有帰属処分の行われた時点で昭和51年判決の黙示的公用廃止の成立可能性を示唆した（但し結論としては時効取得の成立を否定した）。この徳島地裁判決は、法35・36条の原状回復義務の免除に着目することによって無願埋立地の不動産性を考察するものであり、田原湾干潟事件最高裁判決をはじめとする従来の公有水面裁判例を矛盾無く説明するものと評価できる。平成17年最高裁判決もこの徳島地裁判決の構成に基本的に沿うものであるが一步踏み込んだ判断をしている。平成17年最高裁判決も従前の二つの最高裁判例を引用し、海面埋立地はそのままでは私法上所有権の客体となる土地に当たらないことを再確認した上で、徳島地裁判決が述べた原状回復義務の内容について次のように述べた。

「公有水面埋立法35条1項に定める上記原状回復義務は、海の公共性を回復するために埋立てをした者に課せられた義務である。そうすると、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、その上に他人の平穏かつ公然の占有が継続したが、そのため実際上公の目的が害されるようなこともなく、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、もはや同項に定める原状回復義務の対象とならないと解すべきである。」

そしてこの場合、当該埋立地は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する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し、結論としてこれを肯定した。公有水面（であった土地）の時効取得自体が認められたのは本件事案が初めてであろう。

以上の平成17年最高裁判決の論理構成は、徳島地裁判決の構成に基本的に沿い①土地が私法上所有権の客体となる為の前提として公有水面埋立法35条1項に定める原状回復義務の免除を語っているが、他方で②公物の時効取得に関する昭和51年判決の黙示的公用廃止

57) 同判決は福岡高那覇支判昭和55年9月9日判例集未搭載、及び最判昭和58年1月21日判例集未搭載にて維持された。那覇地判昭和50年7月9日訟月21巻10号2010頁も同旨。

58) 高松高裁平成8年3月29日判例集未搭載にて維持。原審と合わせた解説として、大野重国「無願埋立地において原状回復義務を免除した場合の時効取得の成否」みんけん476号48頁（1996年）。

が成立する場合には原状回復義務の対象とはならないとし、③これが成立すると埋立地は私法上所有権の客体となり、同時に時効取得要件としての黙示的公用廃止も成立する、というものである。一見して明らかなように、本判決は昭和51年判決の枠組に変化を加えるものではないし、また公用廃止行為を推定する為の4要件の意味内容や関係性について本判決もやはり何ら語るどころが無く、ただその射程範囲が「かつて公有水面であった」土地に広がることを確認したに過ぎない。公有水面の埋立地と時効取得の問題については、古く明治憲法下に先例がある。即ち、平穩且公然に30年前より相当の施設を為し船上場を使用してきた公有水面埋立地の時効取得について大判昭和4年4月10日刑集8巻174頁は簡潔に「公共ノ用ニ供セラルヘキ公有水面ニ付テハ其ノ公用ヲ廃止シタル後ニ非サレハ取得時効ノ目的ト為ラサル」と述べていた⁵⁹⁾。昭和51年最高裁判決は、黙示的な公用廃止を認めた原審を退けた大判大正10年2月1日民録27輯3巻160頁（道路敷）及び大判昭和4年12月11日民集8巻12号914頁（下水敷）の両判決については明示的に判例変更すべきものと述べたのに対し、上告人国による「その他の引用の大審院判例は、事案を異にし、本件に適切でない」とも述べていた⁶⁰⁾。この点で、平成17年最高裁判決は、公有水面については昭和51年判決の枠組以外の枠組みで処理する（例えば否定説（明示的公用廃止必要説）ないし制限的肯定説流に海面については時効取得の対象性から除外する思考をする）、という可能性を否定するもの、という点を確認しておきたい。

ただ昭和51年最高裁判決に従えば、「かつて公有水面であった」土地であっても、私人が支配可能な不動産が現にそこにあるのであれば時効取得の対象となりうるのは当然であり、むしろ昭和51年最高裁判決の思考において問題なのはその土地（ないし空間）に意味付けされていた公物性の客観的残存性である。この点で③の論理構成は問題とならない。①については、原状回復義務の免除に公有水面の公用廃止の性質を見出し得るかについて争いがあるが⁶¹⁾、免許権者が明示的に原状回復義務を免除し国有帰属処分を行った場合には、そこに公有水面の公用廃止の性質を見出し埋立土砂と海底地盤との附合を許容することも可能であると思われる（但しそこでの公用廃止が公有水面のみならず海浜地としての性格まで奪うものとは直ちに導くことはできない）。

そこで本判決の論理構成として最も疑問なのは、②において原状回復義務の前提として

59) 我妻栄「判評」判例民事法昭和5年109頁参照。

60) 渡嘉敷唯正「無願埋立地と時効取得の成否」民研265号（1979年）41頁参照。その他の大審院判例（大判大正8年2月24日民録25輯336頁（里道）、大判昭和5年7月4日民集9巻648頁（神社境内））も含め事案が異なるとされた理由につき、島田禮介「判解」前掲註(3)495頁註3参照。

61) 山口・住田『公有水面埋立法』前掲註(47)357～60頁、三善政二『公有水面埋立法』前掲註(48)222頁は、竣功認可を条件とした埋立免許にのみ公用廃止の性格を認める。この立場からは、原状回復義務が免除されたが国有帰属の必要がないとされた埋立土砂（動産）について私人がなお公有水面に物件を存置するには占用許可を新たに要する。山口・住田『公有水面埋立法』前掲註(47)201頁。追認免許制度があった旧法下では、公用廃止は竣功認可付免許に一元化されていたと考えるのが正当であろう。勿論、原状回復義務免除のみならず国有帰属処分があればそこに公用廃止の意図を見出すことができる。徳島地裁判決はそのような理解に立っている。

公物性の有無を昭和51年判決の黙示的公用廃止で判断できるか、という点である。第一に、平成17年判決は私有動産であるはずの埋立地に対する公物性の残存を昭和51年判決で処理しようとしているが、しかしそもそも昭和51年判決は、制限的肯定説がその議論の前提としていたように、あくまで私法上も所有権の客体となり得る不動産の存在を前提として時効取得を認め得べきか否かを判断したのであって、私法上所有権の客体となるか否かについて判断を下したのではない。不動産性の判断にあたって昭和61年判決が示した立法政策主義に照らしても、黙示的公用廃止論でもって不動産性の有無を決定するのは疑問である。第二に、原状回復義務を「海の公共性」を回復するために埋立てをした者に課せられた義務であるとしながら、その免除内容を公共用物一般の時効取得の要件論に吸収してしまっている。しかし、こと海という公共用物はその他の公共用物とは性質を区別して論じる必要があったのではないか。この点がかつて戒能説において言及あった点でもあるが、他方で、海域管理はその三次元的広大性のみならず、海洋環境保全、海上保安・出入国管理その他国際行政の視点、漁業・船舶通行・天然資源保全といった総合的利用調整の必要性も絡むというその特殊性故に、道路・河川法制を念頭に置いた従来の国内法的公物管理論では対処し切れない問題があるとの指摘が近年多くなされるようになってきている⁶²⁾。

以上のように公有水面埋立法を厳格に理解すると、陸地化した竣功未認可埋立地については公物管理者が原状回復義務を免除し国有化を図らない限り、永久に不動産化されないこととなる。おそらく、最高裁はこの点の不合理性に鑑みて「黙示の原状回復義務免除」に着目したのであろう。そこで本判決の構成を一般論として是認したとしても、無願埋立の追認すら否定した現行法の趣旨及び海の有する高度の公共性から、安易な公用廃止の認定は避けるべきであり、この点で本件事案においてはなお自主占有開始時期の認定、公物維持の将来的必要性要件の充足、埋立完成時以後自主占有開始までの14年間の「長年にわたり」と言えるか等につき問題があるように思われる⁶³⁾。

ところで本判決のような事案の処理について、公物の時効取得に関する諸学説からはどのように考えられようか。完全時効取得説では、埋立地も海底に直ちに附合するという説を採ればともかく⁶⁴⁾、附合しないという判例理論に立脚すれば、黙示の原状回復義務免除を認めるのでなければ、およそ時効取得の余地は無いこととなろう。制限的肯定説についても附合の問題が残るが、この説に立つと、本件土地には海としての公用負担が消滅すると解するか、海浜地としての公用負担が最低限維持され⁶⁵⁾、何らかの公用負担付の土地を

62) 比較的最近の論考に限ると、櫻井敬子「公物理論の発展可能性とその限界——警察権・統治権からの再定義の必要性」自治研究80巻7号(2004年)41頁以下、橋本博之「海洋管理の法理」金子古稀『公法学の法と政策(下)』(有斐閣、2000年)678頁以下、多賀谷一照「沿岸域の法理への視角」千葉大学法学論集12巻3号(1998年)42-43頁など参照。

63) 平成17年判決の公用廃止の認定の問題につき、拙稿「判例解説」法令解説資料総覧292号97頁参照。

64) 附合すると解する裁判例として、名古屋高判昭和35年12月27日高民13巻10号884頁(前掲・原島重義「判批」参照)、名古屋高判昭和54年2月28日下民30巻1~4号103頁(新田敏「判批」判例評論253号(1980年)参照)。

65) 山口・住田『公有水面埋立法』前掲註(47)201頁、大野重国「無願埋立地において原状回復義務を

時効取得すると理解されようが、後者の理解は、本件のような事案の処理として事柄の本質に適うようにも思われる。黙示的公用廃止説にあっても、陸地化した公有水面の黙示的公用廃止後に成立した海浜地に対して更に黙示的公用廃止があったかを問う余地がある。しかし黙示的公用廃止説が必ずしも絶対的なものではないとして放棄した「公法関係の明確性要請の原則」は、こと公有水面の公用廃止については再度その重要性が再認識されるべきではなかろうか。黙示的公用廃止説の兄弟学説である否定説では、およそ公有水面の時効取得は肯定し得ないが⁶⁶⁾、但し「形態的要素が自然現象等により滅失し、その回復を図ることが絶対的永久的に不可能となった場合」に該当するかどうか判断されることになろう。そして本件のような事案では、むしろ形態的滅失論によって処理するのも一案であったように思われる⁶⁷⁾。いずれにせよ、平成17年判決は公物の時効取得に関する議論を再度喚起する契機となる判決として位置付けるべきである。

次に比較法としてアメリカにおける公物不可時効性論を検討する。

四 アメリカにおける公物不可時効性論

(1) アメリカにおける「公物」理論の不存在

アメリカにおける公物不可時効性論を検討する前に、そもそも比較の対象としてのアメリカ公物法理論一般の存在について確認しておかなければならない。しかしこの点については、アメリカには我が国ないし独仏法に匹敵する公物法理論、即ち有体物が行政主体により直接公の目的に供用されるというその特殊性に着目して構成される公法的な財物一般理論は存在しないことがかねてより指摘されている⁶⁸⁾。確かに、アメリカにおいて我が国ないし独仏法で言うような公物一般理論が存在しないことは事実であり、従来、主に河川や海浜行政等で限定的に採択されている公共信託理論 (public trust doctrine) が公用廃止を限界付ける理論として参照されてきたにとどまる⁶⁹⁾。しかし、アメリカに河川や海浜以外に一般市民の自由利用に供される財産が存在しないはずはないのであり、公物法という

免除した場合の時効取得の成否」前掲註(58)54頁。

66) 美濃部達吉『日本行政法下巻』前掲註(5)783-74頁。加藤清『土木行政叢書・公有水面編』(好文館書店、1940年)170~75頁。

67) 大判昭和8年11月25日新聞3666号11頁(海浜地)。なお田中二郎「公物の時効取得」前掲註(9)207頁は「社会の通年上回復し得ざる状態に至る場合」であれば形態的要素の喪失が肯定されるべきとしている。

68) 荏原明則「アメリカにおける水・沿岸・公有地の利用と管理」公法研究51号(1989年)250頁参照。

69) 畠山武道『アメリカの環境保護法』(北海道大学図書刊行会、1992年)、荏原明則「アメリカにおける水・沿岸・公有地の利用と管理」前掲註(68)、原田尚彦「公物管理行為と司法審査——自然公物の利用権と環境権に関連して」『環境権と裁判』(弘文堂、1977年)(初出1974年)106頁以下参照。同理論の有用性についてはアメリカにおいても様々に議論されている。See, e.g., Richard J. Lazarus, *Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine*, 71 Iowa L. Rev. 631 (1986).

共通の理論構成は採用されないにしても、そのような公共的な財産に関する統制法理は水法 (water law) や国有地法 (public land law), 天然資源法 (natural resources law) 等の個別的法分野で形成されてきた。

以下の論述に必要な限りでこれらの法体系の概要を説明すると、アメリカ合衆国連邦政府が有する国有地管理行政については起草者によって連邦憲法上の条項が幾つか用意されており⁷⁰⁾、これが連邦議会の国有地管理権限を付与するとともに限界を画する根拠となっている。国有地 (public land) とは、一般的には、連邦政府が所有する全ての土地から庁舎や要塞、刑務所、郵便局等の政府施設のある土地を除いたものを指し⁷¹⁾、①内務省国立公園局が管理する国立公園地域、②農務省森林管理局が管理する国有林地帯、③内務省の魚・野生生物保護局が管理する国立野生生物保護地域、④内務省土地管理局が管理する放牧地域、⑤上記四つの地域内に重疊的に設定され、それぞれ管轄を有する行政機関が管理する自然環境保全地域によって構成される。国有地法 (public land law) はこれら連邦所有の国有地とその資源を管理する法体系であるが⁷²⁾、国有地が国の事務、事業等に供するためのもの、あるいは国民の自由利用に資するなど直接公共の用に供するためのもの、というよりも、伝統的には国有地を普通財産的に私人に払い下げる為の法制度として展開してきた。次に水法 (water law) 領域では、河川・沿岸の管理について公共信託理論が強い影響を持ち、航行可能な (navigability) 水路の河床の所有権は州に帰属し、州は航行、漁猟その他公水の利用に関する権限を有する⁷³⁾。航行可能水域の管理作用に起因する私人の財産権への損害については、当該可航水域の所有権の所在に関わりなく (公有私有を問わず) 補償は不要とされる (navigation/al servitude/通航地役権の法理)⁷⁴⁾。

以上の通り、アメリカにも我が国公物法が参照し得る対象は存在するのであるが、それ

70) 包領条項 (Enclave Clause, 1 条 8 節 17 項), 財産条項 (Property Clause, 4 条 3 節 2 項), 通商条項 (Commerce Clause, 1 条 8 節 3 項), 条約条項 (Treaty Clause, 2 条 2 節 2 項), 歳出条項 (Spending Clause, 1 条 8 節 1 項) 等がそれである。

71) 古典的に最高裁が与えてきた狭義の定義は、州あるいは私人への払い下げの対象となる土地 (public domain) である。See, e.g., *Newhall v. Sanger*, 92 U.S. 761 (1875), at 763; *Bardon v. Northern P.R. Co.*, 145 U.S. 535 (1892), at 538. また Federal Land Policy and Management Act では、「複数の州内に合衆国が所有し、土地管理局を通じて内務省が管理する土地及び土地に含まれる利益」と定義されている。43 U.S.C. § 1702 (e) (1976). 国有地はアメリカ国土の約 30% にあたる約 6 億 6000 万エーカーであるがその多くは西部 11 州とアラスカ州に集中し、かつ国有地には多くの資源が埋蔵されているため、連邦政府の国有地政策はしばしば連邦主義の角度から、あるいは経済的利権と環境のいずれを保護するかといった国有地の利用のあり方をめぐって議論がなされている。

72) なお、鈴木光「国有地管理と自然保護——合衆国における史的発展 (1)~(4・完)」北大法学論集 46 卷 4 号 (1995 年), 47 卷 4 号 (1996 年), 48 卷 3 号 (1997 年), 6 号 (1998 年) 参照。

73) *Pollard v. Hagan*, 44 U.S. 212 (1845), at 223; *Utah Div. of State Lands v. United States*, 482 U.S. 193 (1987), at 195-98. また干満はあるが可航水域ではない河川の水底所有権についても州は保持する。*Phillips Petroleum Co. v. Miss.*, 484 U.S. 469 (1988).

74) See Eva H. Morreale (Hanks), *Federal Power in Western Waters: The Navigation Power and the Rule of No Compensation*, 3 Nat. Resources J. 1 (1963), at 35-36.

は各法分野に分散して存在するにとどまり、これを横断的に整理・検討することは極めて困難である。次に見る政府財産の不可時効性も一般的な公物法理論として構成されたものではない。

(2) アメリカにおける「取得時効」論

その前に、更に取得時効法制一般も確認する⁷⁵⁾。英米法では土地についての取得時効そのものは法制度として存在しないが、内容的に取得時効に相当するものがあり、アメリカでは、イギリスにおける出訴期限法 (statute of limitations) から発展・派生した「敵対的占有 (adverse possession)」がこれに該当する⁷⁶⁾。敵対的占有とは、ある不動産の所有者と占有者のそれぞれの占有が相容れない敵対的關係にある場合を指し、この場合に所有者本人の不動産占有回復訴訟 (writ of entry) の訴権が出訴期限法による出訴期限の途過によって消滅した場合に、その訴訟手続上の反射的効果として、敵対的占有者が不動産の権原を取得することとされるものであり、取得時効制度と類似の構造となっている⁷⁷⁾。

中世イギリス出訴期限法では農耕社会を前提として、請求権の失効 (stale claim) を防止すべく、不法占有の態様が真の所有者に擬制通知 (constructive notice) を与え得る程度であること、換言すれば合理的な土地所有者であれば不法占拠者を排除するであろう程度での態様であることが要請され、そこで時効取得が認められる要件として、コモンロー一般に占有が①open and notorious (公然の占有) で、②actual (現実の占有) で、③hostile (自主占有) で、④exclusive (排他的) で、かつ⑤continuous (継続的) (出訴期限は各州法で規律されており、通例5~25年で法定されている) であることが必要とされている⁷⁸⁾。また不法占拠者が取得する権原の性質は、原則として原始取得的なものと解されている。

このような敵対的占有の存在理由については、権利の上に眠る者は保護する必要がないこと、真実の権利関係の立証の困難性の救済、権利の安定性というコモン・ロー上の要請などが挙げられているが、我が国における時効制度の根拠論と同様にその本質論については対立がある⁷⁹⁾。他方で、敵対的占有の法制度が効率的土地利用を促す功利主義的機能を

75) この分野の先行研究はアメリカ私法研究においても少ないようであり、成田教授の一連の紹介が目にとまる程度である。成田博「米国取得時効法覚書」東北学院大学論集 (法律学) 40号 (1992年)、同「米国の adverse possession について」幾代献呈『財産法学の新展開』(有斐閣、1993年)、同「米国の取得時効制度と登記」半田遷曆『民法と著作権法の諸問題』(法学書院、1993年) 参照。

76) 矢頭敏也「イギリスの出訴期限法」比較法研究22号 (1961年) 参照。

77) なお、当然のことながら出訴期限法によって権利救済を妨げられる権利利益は不動産に限られず、問題となるのは契約法や不法行為法、刑事法、租税法にも及ぶが、以下では本稿の目的に沿って取得時効法を念頭に置く。

78) 正確には要件論ではないが、政府に対し表示した事実と反する主張を禁止する禁反言の法理は、我が国での要件論の内容に匹敵するものがある。See, e.g., Pioneer Nat'l Title Ins. Co. v. State, 695 P.2d 996 (Wash. Ct. App. 1985), at 997.

79) 敵対的占有の制度目的論について、See Jeffrey Evans Stake, *The Uneasy Case for Adverse Possession*, 89

有するとの認識も共有されている。即ち、同制度があることで所有者は所有地を監視し効率的な土地利用を行うようになり、逆に一定要件を充足した敵対的占有者に時効取得を認めることで国土の最適利用を達成することができるのであり、結局、敵対的占有の制度存在理由は、全て効率的土地利用の促進に帰するのである。

アメリカ私法で現代的問題となっているのは、この敵対的占有の功利主義的機能の功罪である。中世イギリスの出訴期限法が想定していた農耕地を超えて、当然のことながらアメリカでは森林・湿地・放牧地・砂漠といった自然原生地にまで敵対的占有が適用される可能性がある。しかし真の所有者への擬制通知が想定し得ないにも関わらず、各州裁判所は19世紀以来、占有者に所有権の通常の行動を期待するのは不可能ないし不合理という理由でコモン・ロー上の諸要件を緩和する解釈を行ってきた⁸⁰⁾。19世紀アメリカにおいて敵対的占有の諸要件を考察する際に擬制通知の程度ではなく土地の経済的性質を重視する方向に司法政策が転換された理由は、Sprankling教授が指摘する通り、国家経済発展主義に与する当時の「法道具主義」の影響を考へてはじめて説明することが可能であろう⁸¹⁾。実際、合衆国の版図拡大とともに編入された広大な国有の自然原生地については、建国以来、管理権限を有する連邦政府自体が財政安定化の為に払下げの対象としてしか認識しておらず、司法エリートもこれに与したと考えられる。そこで現代の課題として、環境保全思想に基づく敵対的占有制度（とりわけ占有概念）の再設計の必要性が認識されるに至っているのである⁸²⁾。しかしそこでの議論は私有の自然原生地に対する敵対的占有の環境的影響であり、擬制通知の程度が同様に弱いはずの合衆国国有地について私有地ほど敵対的占有の環境的影響が問題となっていないのは、次に見る通り、敵対的占有からの主権免責特権（sovereign immunity from adverse possession）が判例理論において伝統的に確認されてきたことによる。敵対的占有の再検討の議論は、基本的には私法である不動産法（real property law）上のものに止まっている感がある。

(3) アメリカにおける「公物不可時効性」論とその諸相

1 主権免責特権によれば、政府所有財産は、出訴期限法による出訴制限に関わらず、明文の反対規定がない限りその一般的適用性から除外される。法制史的に見ると、主権免責特権はコモン・ロー上の「時効も場所的限定も国王には適用なし（*nullum tempus aut*

Geo. L. J. 2419 (2001), at 2434-56.

80) See John G. Sprankling, *An Environmental Critique of Adverse Possession*, 79 Cornell L. Rev. 816 (1994), at 821-40. 同論文については、金山直樹「論文紹介」アメリカ法 [1996-1] に紹介がある。

81) 19世紀前半アメリカ司法政策における法道具主義について、See Morton J. Horwitz, *Transformation of American Law: 1780-1860* (1977). なお19世紀損失補償法への影響について、拙稿「損失補償の要否論と財産権の本質的内容（一）——アメリカにおける理解の変遷」早稲田政治公法研究76号（2004年）参照。

82) Alexandra B. Klass, *Adverse Possession and Conservation: Expanding Traditional Notions of Use and Possession*, 77 U. Colo. L. Rev. 283 (2006); Sprankling, *supra* note 80, at 841-49. 取得時効法内部の動向からのアプローチは、時効制度を自明視してきた我が国公物の時効取得論にも示唆的である。

locus occurrit regi)」の法理に由来する。かつてのイギリス法では、国王は臣民の福利確保に多忙であり、また訴訟ルールを確定する権力を持つことから、大権事項の一つとして国王が敵対的占有に異議を唱える際に出訴期限法の出訴制限規定の適用はないとされていた時期があり⁸³⁾、独立を果たしたアメリカでも同様に *nullum tempus occurrit "reipublicae"* の法理が建国当初から各州で継承された。

出訴期限法に対する主権免責特権が各州で継承されたのは国王大権の継承というよりはその背景にある政策理由の妥当性故にであろうが、その政策理由についてアメリカの裁判例は当初から必ずしも明瞭に語る所は無い。しかしイギリス法においては、前述した擬制通知の不完全性の問題と同様に、広大な土地を管理する国王ないし国家主権にあっては時効進行を中断するのが技術的に困難であることが背景にあるものと推測され、アメリカでもかつて19世紀初期の連邦巡回裁判所の一判決は Blackstone の注釈書を引用しつつ、国王大権の背景にある目的として「官吏の怠慢による侵害や損害から公衆の権利、税収、財産を保護する」点にあることを指摘し、この理は「公衆の便益のために導入された例外に過ぎず、あらゆる政府に等しく適用し得る」ものであると述べており⁸⁴⁾、また後述する public nuisance 論を述べる裁判例の中にも、私的財産の侵害であれば私人は敵対的占有者に対して自らの権利を実現すべく限られた時効期間を合理的に保持できるが、公的財産に対しては公衆各人は僅かな利害しか感じず、その侵害の防止につき私人の場合と同列に論じられない旨が述べられ、公的財産に対する利益の細分化とそれに伴う管理の実効の困難性の議論が見られた⁸⁵⁾。

このようにアメリカでは主権免責特権の根拠として国家主権的な議論から一步脱却している。そのため裁判所は第一に公共信託理論を挙げるのが通例である。即ち当該財産が公衆の便益のために供され、あるいは公衆の信託を受けて政府が保持しているが故に不可譲渡性 (inalienability) を有することからの当然論である。例えば、「公共信託として保持された財産を私人が敵対的占有により取得することができないのは……明らかであ」り⁸⁶⁾、また「敵対的占有の法理は自治体が公共信託により保持している財産には適用されない」とされる⁸⁷⁾。公共信託財産として免責特権の対象とされるのは、主に道路や可航水域下の土地である。また後述するように、公共信託財産の処分制限規定が憲法化ないし立法化されている例もある。その他、第二に政府財産に対する敵対的占有は public nuisance を構成し、長期間の占有は法的に何ら意味がないこと⁸⁸⁾、第三に、私人による政府財産の占有は政府によって当該財産が公共の用に供されるまで単に黙許されているに過ぎないとする容

83) See 1 William Blackstone, Commentaries on the Laws of England *247 (1765-69).

84) United States v. Hoar, 26 F. Cas. 329 (1821), at 330. See also Cross v. Mayor of Morristown, 18 N. J. Eg. 305 (N. J. Ch. 1867), at 312-13.

85) Commonwealth v. Alburger, 1 Whart. 469 (Pa. 1836), at 488. New Hampshire 州最高裁も近年この理を説明している。State v. Tallman, 139 N.H. 223 (1994), at 225-26.

86) Messersmith v. Mayor & Common Council of Riverdale, 164 A.2d 523 (Md. 1960), at 525.

87) Town of Chouteau v. Blankenship, 152 P.2d 379 (Okla. 1944), at 383.

88) Heddleston v. Hendricks, 40 N.E. 408 (Ohio 1895), at 410.

認不動産権 (tenancy at sufferance) の類推論が挙げられる⁸⁹⁾。しかし、public nuisance 論は、我が国での議論が示す通り、敵対的占有の諸要件を満たす場合であればそもそも nuisance なのかは疑問である。黙許論もこれを挙げる判例は一件のみであり、結局この問題の帰趨は公共信託理論の射程にあるように思われる。しかしアメリカでは、わが国と異なりこの問題についての立法整備が比較的進んでおり、立法にこの問題は一部吸収されている。次に連邦・州・自治体の順に立法例・裁判例を概観する。

2 連邦政府所有地については現在でも敵対的占有による時効取得が判例法理として禁止され⁹⁰⁾、また連邦法によっても禁止されている⁹¹⁾。但し連邦法では、7年以上居住目的で公有地内の未払下鉱業権利地 (mining claim) を占有した者や⁹²⁾、あるいは占有者が権原の外観 (color of title) を信じて20年間占有し、土地に改良 (improvement) を加えている場合あるいは土地が農耕地となっている場合などには⁹³⁾、内務省長官が一定の地域を限定して相当の対価で売却できるとされているが、これらの例外はあくまで不動産権譲渡 (conveyance) の一環として行われるもので、敵対的占有が契機となつてはいるものの時効取得そのものの形態を維持している訳ではない。従つて前述した、私有の自然原生地に対する敵対的占有制度の無批判的適用の結末という環境保護論者の危惧は、国有林や国立公園などの連邦政府所有地については該当しないこととなる。

なぜ連邦政府所有地について敵対的占有が成立しないか明瞭に語るものはない。1947年以前まで沖合の海底所有権は州に帰属すると考えられていたため California 州が敵対的占有の法理等により連邦政府は規制権限を行使できない等と主張した *United States v. California* で合衆国最高裁は「政府は、ほかの場合同様この場合も全国民の信託を受けてその利益を保持しているのであり、私有財産に関する私人間の紛争を特に企図している通常裁判所のルールによってそれらの利益を奪われるべきではない」と述べているが⁹⁴⁾、沿岸域管理に関する同事案については公共信託理論での説明は可能でも、一般的に国有地は公衆の利用に供しないものも含まれることから公共信託理論のみでは説明が出来ず⁹⁵⁾、こ

89) *McClelland v. Miller*, 28 Ohio St. 488 (1876), at 502. この黙許論の背景には、時効取得が認められないことで生じる私人の損失は、黙許されている間の未払対価によって相殺されるとの理解もあるように思われる。

90) *United States v. California*, 332 U.S. 19 (1947), at 39-40; *United States v. Vasarajs*, 908 F.2d 443 (9th Cir. 1990), at 446 n. 4.

91) 48 U.S.C. 1489. 立法目的等の資料は入手できなかったが、かつて連邦議会公有地法検討委員会は連邦公有地に対する免責特権について、連邦政府が適切に対応するリソースがあることを理由に廃止するよう勧告している。See *Public Land Law Review Commission, Recommendation 113, One Third of the Nation's Land: A Report to the President and to the Congress* (1970), at 260-62. なお以下の連邦・州法令情報は2006年4月時点において施行中のもの。

92) *Conveyances to Occupants of Unpatented Mining Claims*, 30 U.S.C. 701-709.

93) *Lands Held Under Color of Title Act*, 43 U.S.C. § 1068.

94) 但しその後の *Submerged Lands Act* (43 U.S.C.A. § 1301 et seq) により領海内の権原及び管理権限は個別の沿岸州に委譲されている。

ここでは再び主権論的な議論に回帰せざるを得ないように思われる。

3 これに対し州レベルでは、各州が制定法により主権免責特権の内容を規定しており、一概にその内容を言い得ない。多様な州法を分類すれば⁹⁶⁾、地理的・政治風土的・歴史的な理由から次のような区別を形成している。①州有地の全てが敵対的占有の対象となり得ないことを明示するもの、②敵対的占有の対象となりえない特別な土地を明示するもの、③州有地が供されている利用目的に応じて敵対的占有の対象性を区別するもの、④私有地の場合よりも出訴制限期間を長くすると定めるもの、⑤州有地を私有地と同様に扱うもの、⑥州政府に対する出訴制限法の適用可能性について沈黙するもの。なおこの分類は相互排他的なものではなく、例えば⑤のように敵対的占有の可否について州有地を私有地と同様に扱うとしながら②のように対象から外されるべき土地を明示する州法もある。

各州は基本的に独立して立法権を行使しており、各州が主権免責特権の恩恵を受けるかどうかは州法に表明された自己拘束の程度に左右されるのは当然である。他方で各州裁判所は自州の州法が問題となる場合に州法による明示の特権放棄を無視したり、又は他州の判例をも参照して判断を下す傾向にあり、個別の問題については理論形成が進んでいるところもある。州行政法の比較法的重要性に鑑み、以下、前述の分類に沿って州レベルの主権免責特権の状況を概観する。

(a) 州有地の全てが完全に敵対的占有の対象となり得ないことを明示するもの——⁹⁷⁾

(b) 敵対的占有の対象とはなり得ない特別な土地を明示するもの—— このカテゴリーでは公共信託理論が立法に色濃く反映している。例えば North Carolina 州法は、州が保持し公共信託の諸権利 (public trust rights) に服する不動産の権原に対する敵対的占有を明確に禁じ、公共信託の諸権利の例示として同州内の水流・海浜・海洋に対する州民の自由使用を挙げる⁹⁸⁾。また Massachusetts 州法は自然保護・オープンスペース・公園・レクリエーション・水質保護・野生生物保護その他公共目的で保有されている土地については出訴制限対象から除外し⁹⁹⁾、Washington 州法は専用・非専用水域に影響のある地表水ないし

95) 前述の通り、アメリカの国有地法は伝統的には国有地を普通財産的に私人に払い下げる為の法制度として展開してきたのであり、一般的に公共信託理論と国有地管理との関係は消極的に評価されている。See Charles F. Wilkinson, *The Public Trust Doctrine in Public Land Law*, 14 U.C.D. L. Rev. 269 (1980).

96) Paula R. Latovick, *Adverse Possession against the States: The Hornbooks have it wrong*, 29 U. Mich. J.L. Reform 939 (1996), at 945-74 を参考にした。

97) See, e.g., Alaska Stat. § 38.95.010; Cal Civ Code § 1007; Colo. Rev. Stat. Ann. 38-41-101 (2); 7 Del. C. § 4519; Ind. Code Ann. § 32-21-7-2; Kan. Stat. Ann. 60-509; Mo. Ann. Stat. 516.090; Nev. Rev. Stat. Ann. 11.255; N.H. Rev. Stat. Ann. 539:6; Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 16.061; Wash. Rev. Code Ann. 7.28.090. 但し Mich. Comp. Laws Ann. 600.5821 (1) では、15年以上の占有者に対しては訴訟において equitable relief が与えられるべきとされている。

98) N.C. Gen. Stat. § 1-45.1.

99) Mass. Gen. L. ch. 260, § 31. 更に Massachusetts 州では民間非営利団体の所有地についても自然保全・公園・水質保全等の目的で保持されたものであれば出訴制限対象から除外されている。Mass.

地下水の水利権の時効取得を否定している¹⁰⁰⁾。

また教育基金用公有地 (school land), 即ち独立13州以外の州が連邦加入する際に合衆国国有地の所有権を有する連邦政府より公立学校の設立・維持等の目的で提供された公有地については¹⁰¹⁾, 州憲法上に公共信託財産 (School Trust Land) としての右土地につき処分制限規定を設けている中・西部の諸州が数多くあり¹⁰²⁾, その場合, 州法が仮に右土地を時効取得の対象とするのを許容するのであれば違憲と解釈される余地がある旨判示する裁判例が多くある¹⁰³⁾。同土地は公共信託財産ではあるが, 同時に憲法上の処分制限規定が存在することも時効取得否定の要因となっている¹⁰⁴⁾。

なおこの (b) 類型において, 州有地に対する敵対的占有による時効取得を一般的に肯定しつつ時効取得の対象となりえない土地を例外的に明示するものもあれば, 一般的に否定しつつも更に時効取得の対象となりえない特別の土地を明示する Washington 州法のような例があるが, 後者の場合, 次に見る利用目的による区別論とその有用性の限界を強く念頭に置いているように思われる¹⁰⁵⁾。

(c) 州有地が供されている利用目的に応じて敵対的占有の対象性を区別するもの——土地が公共の用 (public use) に供されている場合には免責特権はなお放棄されないことが州法により¹⁰⁶⁾, 又は判例法理として確立されている州がある。public use の用語に代えて統治的利用 (governmental use) と私的利用 (proprietary use) の用語をもって区別するところもあるが, public use に供するとは, 州が当該財産を公共信託として保有している場合と同義と解する場合が多い。この基準の詳細については地方自治体に関して後述するが, この分類に対しては公的利用と私的利用による区別は相対的なものであり, 時代の進展による統治機能の変化に対応する上で有用とは言い難いこと, また public use を公衆により「現実的に」利用に供されている状態と解釈する場合, 政府により現在具体的に活用されている訳ではない州有地 (例えば海底部など) は全て proprietary use に過ぎないことにもなりかねないとの危惧が指摘されている。州有地の利用形態に関する以上の区別が州法になく, また判例法理としても明確に否定されている州も多い¹⁰⁷⁾。

Gen. L. ch. 260, § 21.

100) Rev. Code Wash. § 90.14.220.

101) 学校敷地として利用されるほか, 教育目的であれば賃貸・売却等も許容される。See generally Sally K. Fairfax et al., *The School Trust Lands: A Fresh Look at Conventional Wisdom*, 22 *Envtl. L.* 797 (1992).

102) 教育目的以外の財産利用 (貸与・売却等による資金調達) を禁止する。See, e.g., Idaho Const. art. IX, 3; Iowa Const. art. IX, 2; Minn. Const. art. 11, 8; Mont. Const. art. X, 3; N.M. Const. art. XII, 2; N.D. Const. art. IX, 2; Okla. Const. art. XI, 2; S.D. Const. art. VIII, 2; Wis. Const. art. X, 2.

103) See, e.g., *Murtaugh v. Chicago, M. & St. P. Ry. Co.*, 112 N.W. 860 (Minn. 1907), at 861-62.

104) 従ってこの制限がなければ教育基金公有地でも敵対的占有の対象とする州裁判例もある。See, e.g., *Grissom v. State ex rel. Alabama College*, 48 So.2d 197 (Ala. 1950), at 200.

105) See Latovick, *supra* note 96, at 967, 975.

106) See, e.g., Mont. Code Anno., § 70-19-301.

107) See, e.g., *Simonson v. Veit*, 683 P.2d 611 (Wash. Ct. App. 1984), at 614; *Fischer v. City of Sauk Rapids*, 325 N.W.2d 816 (Minn. 1982), at 819.

(d) 私有地の場合よりも出訴制限期間を拡大するにとどめるもの—— 州有地に時効取得を認めるが少なくとも私有地とで取り扱いに差は設けられるべきと考える州法も数多くあるが、裁判所が当該州法を無視して「公共の用」による区別を利用するなどして州有地の時効取得を否定する場合がある。例えば Idaho 州法では州有地への出訴制限期間が10年、私有地へのそれが5年であるが¹⁰⁸⁾、Idaho 州最高裁は *Hellerud v. Hauck* において、ある種のカテゴリーに属する州有地、例えば公の目的に供されている土地あるいは学校敷地については出訴制限はかからないと判示し¹⁰⁹⁾、逆に水流の変化により平地化した元河川敷地の時効取得が争点となった *Rutledge v. State* において、「可航水域が枯渇し公共の便益の為に信託的に財産を保持していた理由がなくなった際には、……それはもはや一般公衆にとって特別の便益ではない」として、このような場合に当該財産を免責特権で保護することは無意味であると判断している¹¹⁰⁾。

(e) 州有地を私有地と同様に扱うもの—— この例として Kentucky 州法や West Virginia 州法等があるが¹¹¹⁾、私有地と同様に州有地に対し出訴制限がかかることを州法が早ければ19世紀来、明示的に規定しているにも関わらず、裁判所が *nullum tempus* の原理に依拠してこれを無視し、(c) の区別を利用するなどして州有地の時効取得を否定する場合があったことは (d) と同様である¹¹²⁾。しかし近年では、裁判所も州法の規定に表明された主権の自己拘束に忠実になる傾向があり¹¹³⁾、これを受けて Michigan 州議会のように州有地に対する出訴制限法の適用を見直すところもある¹¹⁴⁾。

以上のように州レベルでは免責特権の取り扱いについて州間で著しく差異がある。また立法内容の改正もしばしばある。但し、各州は立法権による自己拘束の限りで私人と同様の出訴制限に服することは合っても、明示的な特権放棄がない以上は出訴制限に服することはない。実際、州法が主権免責特権について必ずしもこれを規定を置いていない場合は、各州裁判所は *nullum tempus* の原理に依拠して判断するのが通例である¹¹⁵⁾。従ってアメリカにおいても公物的なるものに対する不可時効性の理論は措定されており、立法で明示する限りで敵対的占有の対象とされる点で発想的には我が国の否定説に近いものがある。

108) Idaho Code § 5-202, 203.

109) *Hellerud v. Hauck*, 13 P.2d 1099 (1932), at 1101. 但し同判決は Idaho 憲法における学校敷地の処分制限規定を決め手としている。Idaho Const. Art. IX, § 8.

110) *Rutledge v. State*, 482 P.2d 515 (1971), at 517.

111) Ky. Rev. Stat. § 413.150; W. Va. Code § 55-2-19; Fla. Stat. § 95.011.

112) See e.g., *Commonwealth, Department of Parks v. Stephens, Ky.*, 407 S.W.2d 711 (1966), *Foley v. County Court*, 54 W. Va. 16, 46 S.E. 246 (1903).

113) 上掲の判例はいずれも各州最高裁によって判示内容に批判・修正が加えられている。Meade v. Sturgill, 467 S.W.2d 363 (Ky. 1971); *State ex rel. Smith v. Kermit Lumber & Pressure Treating Co.*, 200 W. Va. 221 (1997).

114) See Mass. Ann. Laws ch. 260, 31; Mich. Comp. Laws Ann. 600.5821.

115) See, e.g., *Columbus Corp. v. Cuyahoga County*, 589 N.E.2d 467 (Ohio Ct. App. 1990), at 470-71; *Hall v. Nascimento*, 594 A.2d 874 (R.I. 1991), at 877-78.

なお黙示的公用廃止説に近い法構成として、可航水域下の土地に関する紛争でしばしば採用されている lost grant 論がある。例えば New York 州では出訴期限法上、政府財産の時効取得（20年）が一般的に許容されているにも関わらず¹¹⁶⁾、判例法理として公共の用に供されている公共信託財産についてはその alienability の有無により不可時効性を認めており、例えば、貯水池の底地所有権が問題となった事件において New York 州高位裁判所上訴部は、「敵対的占有の法理は lost grant（授権証書の喪失）の推定に根拠を置くが、州が土地を公共信託ないし公共目的に供する為に保持している場合には、土地の権原を敵対的占有によって取得することはできない。なぜなら、権利譲与（grant）を推定できないからである。即ち New York 州憲法第15条は運河の処分を禁じ、例外として当該運河が運河水系にとってもはや必要ではなく、立法部により運河法……の手続が取られた後に廃止される場合に限られているからである」と判示している¹¹⁷⁾。ここでは、敵対的占有が express/lost grant の対比として語られていること、lost grant が推定されない理由として憲法上の公共信託財産の処分制限規定が引用されていることが特徴的である。とりわけ後者は我が国における公物不可時効性論の存在根拠の一つである国（公）有財産の処分制限規定との対比の点で興味深い。Maryland 州の最高裁判例には、憲法ではなく可航水域下の土地の譲渡を禁止する公有地譲渡法に着目して lost grant の推定ができないことを理由に敵対的占有の成立を否定するものが見られる¹¹⁸⁾。

以上に対し lost grant が推定され得るとされたものとして、ダム敷地内の水底所有権の時効取得が問題となった事例で New York 州最高裁は、「そのような土地は譲渡不能なので私人への譲渡は推定されてはならないし、……敵対的占有と判断されてはならないが、本件ではこのルールは次の理由で適用することは出来ない」とした。第一に、ダムの立地は何ら公共の用を何ら害するものではなく、第二に、寧ろ州自身が革命後の1789年に本件ダム敷地の北側の河川底地所有権を私人に譲渡しており、本件ダムを含め幾つかのダムが長年にわたり存続してきた。このことに照らすと、州は長年（160年間）にわたり当該土地を公共信託として保有しているものとは考えておらず、そのような状況においては過去において当該土地をダムの最初の所有者に grant していたとしても違法ではなかったらうと認定し、水底所有権の時効取得を肯定した¹¹⁹⁾。但し、州はダム敷地内の水底所有権を失っても河川管理権原を失うものではない旨も判示している¹²⁰⁾。

以上の州裁判例は lost grant 論からの推論によって敵対的占有に対する主権免責特権の射程を見極めようとするものであるが、これに対して不動産譲渡の推定という lost grant 論の本来の意義を重視することによって明文の主権免責特権を回避することができるかに

116) NY CLS CPLR § 211 (c).

117) *Smith v. People*, 193 N.Y.S.2d 127 (App. Div. 1959), at 129-30.

118) *Sterling v. Sterling*, 211 Md. 493 (1957), at 495-96.

119) *People v. System Properties, Inc.*, 141 N.E.2d 429 (N.Y. 1957), at 434.

120) *See id.* at 435. 私人への公共信託財産の譲渡後の効力につき、畠山武道『アメリカの環境保護法』前掲註(69)120-21頁参照。

については、最近 Mississippi 州最高裁が州憲法上の公共信託財産である教育基金用公有地に関して消極に解する判断を下している¹²¹⁾。

4 以上の州有地に対して地方自治体 (municipality/municipal corporation) の土地については、州憲法ないし州法によって敵対的占有から全面的に保護されている州や¹²²⁾、あるいは道路や上下水道敷地、公園、学校敷地などの公共用地についてのみ限定的に保護している州は少数派であり¹²³⁾、多くの州は自治体の土地について州有地ほどの関心を払っていない¹²⁴⁾。これはアメリカ地方自治法上、伝統的に municipality が統治的側面だけでなく私法人的側面という二重の性格を有することを前提に各種の法準則が構築されてきたことが大きく影響している¹²⁵⁾。そこで州法が自治体所有地について敵対的占有からの免責を規定する場合には、当該土地が公共の用に供されているか否か、あるいは当該土地を「統治的資格」で所有しているのかを基準とするのが通例であり¹²⁶⁾、また州法に自治体所有地に関する免責規定が無い場合には、判例法理が同様の基準で保護を図ってきた¹²⁷⁾。公共の用ないし統治的利用による区別基準は、州レベルでよりも寧ろ公私二重の性格を負う自治体の法的議論の蓄積に伴って展開されてきたと言える。

このように自治体所有地については主権免責特権が直ちには及ばないため、裁判例にお

121) *Bd. of Educ. v. Warner*, 853 So. 2d 1159 (2003), at 1168-69.

122) *See, e.g.*, Ala. Code 6-2-31 (b); Alaska Stat. 29.71.010; Miss. Const. art. IV, 104; Miss Code Ann. 15-1-51; Or. Rev. Stat. 12.250, 275.027; Colo. Rev. Stat. 38-41-101 (2).

123) *See, e.g.*, Mich. Comp. Laws Ann. 600.5821 (2); Mont. Code Anno., § 70-19-301.

124) *See, e.g.*, Wash. Rev. Code Ann. 4.16.160; Wash. Rev. Code Ann. 7.28.090.

125) 寺尾美子「地方自治体の『公』『私』二重の性格の法理」石井紫郎・樋口範雄編『外から見た日本法』(東京大学出版会, 1995年), 薄井一成『分権時代の地方自治』(有斐閣, 2006年) 108頁以下参照。そもそも当初は目的の如何に関わりなく自治体所有地は敵対的占有の対象とされていた。例えば *Lessee of the City of Cincinnati v. The First Presbyterian Church*, 8 Ohio 298 (1838) では、「(主権免責特権は) 主権の属性として受容され、州が取得し保持した諸権利を不注意 (negligence) あるいは強欲から保護するためにある。しかしながらこの免責は主権のみの属性に思える。……自然人であれ法人であれ、ある種の人を法の作用から免責する事件は書物にはないし、自治体により強く該当する免責理由も無い」と判示されていた (at 310)。

126) *See Paula R. Latovick, Adverse Possession of Municipal Land: It's Time to Protect this Valuable Asset*, 31 U. Mich. J.L. Reform 475 (1998); Comment, *Encouraging the Responsible Use of Land by Municipalities*, 99 Dick. L. Rev. 197 (1994).

127) 公共の用ないし統治的利用に供されている自治体所有地が不可時効性を有する理由は公共信託理論が多い。*Messersmith v. Mayor of Riverdale*, 164 A.2d 523 (Md. 1960), at 525; *Town of Chouteau v. Blankenship*, 152 P.2d 379 (Okla. 1944), at 383. また道路については州法により明示的に保護対象とされることも多いが、明示されていなくても、制定法ないしコモンロー上要求された公用地供与 (dedication) の意思表示が私人により明示 (ないし黙示) に一旦なされ、自治体がこれを受容している場合には、道路としての形態的要素がまだ具備されない段階であっても各州とも公共の用、ないし統治的利用あるものとして敵対的占有から保護するのが通例である。*Cornfield Point Ass'n v. Town of Old Saybrook*, 91 Conn. App. 539 (2005), at 565-66; *Devine v. City of Seward*, 258 P.2d 302 (Kan. 1953), at 305. 反対する州判例として、*Wanha v. Long*, 255 Neb. 849 (1998), at 862.

いて具体的に「公共の用」に該当するか否かがどのように判断されているのかという問題は我が国との比較において興味深いが、しかしそこで議論されているのは、わが国での議論が念頭に置くような不法占拠の結果漸次公共性が失われていった公共用物というよりは、自治体所有の未利用地に関してが多い。他方でそのような未利用地の「公共の用」判断に関しては、自治体が当該財産を「現実的に」利用していることを要求する州裁判例と、当該未利用地の利用計画に対する行政の「将来の」意図を重視して自治体所有地であれば公共の用に供されていると原則推定する州裁判例で対立がある¹²⁸⁾。前者の見解は、我が国最高裁が採用する黙示的公用廃止説の第四基準（公物維持の将来的必要性要件）を否定する田中説と同方向であるが、後者の代表的判例である American Trading 判決に前者の見解の批判を見てみよう。同判決で Connecticut 州最高裁判決が述べたのは、「(自州判例の検討の結果)自治体が土地を現在利用せず単に将来のいつか開発する予定で保有しているに過ぎない場合であっても、当該土地は公共の用の為に保有されている……。自治体が将来の開発計画を放棄する意図が証拠としてない限り、当該土地は敵対的占有から免責される。公共の用の用語についての事実審の狭い定義には、公衆にとって高度に有益なのに……。当該土地に対してある種の物理的侵害を伴わない利用の可能性が排除される弱点が伴う。例えば、自治体は未開発地を公園に隣接して置き開発による侵食からの緩衝物とすることを選ぶかもしれない。同様に自治体は、オープンスペースやグリーンベルトを獲得することで地域の品格を保持しようとするかもしれないし、自然のバランスを崩さない状態で土地を購入することで原生地や州内の湿地を保護しようとするかもしれない。そのような利用を含まない『公共の用』の定義では、これらの賞賛されるべき環境保護の努力に多大な害を及ぼしかねない」「公衆は統治団体の不注意の結果としてその財産権を失うべきではないとする、自治体を敵対的占有から免責する合理性は、未利用地が関わる状況に、より一層強く当てはまる……」と¹²⁹⁾。この基準は政府の将来利益に大きく謙譲の意を表すものであり、自治体の財産不利用に対してその放棄 (abandonment) の意図が客観的に証明されない限り¹³⁰⁾、反証は厳しいであろう。

128) Comment, *supra* note 126, at 200-213.

129) American Trading Real Estate Properties, Inc. v. Town of Trumbull, 574 A.2d 796 (Conn. 1990), at 802. なお、訟務座談会・前掲註(4)147~50頁参照。

130) この放棄の意図を推定する基準をより詳細に示すのは Vermont 州最高裁による Jarvis 判決であり、同判決は American Trading 判決を引用し、「この論点を決定する上で考慮されるべき証拠には、当該財産をタウンが取得した理由、取得以来のタウンによる土地の利用状況、タウンが将来当該財産を利用する意図を表明していたか否かが含まれる」と述べ、51年間未利用の土地について、元来未払い社会保障費の回収のために取得された土地であって自治体は私人に譲渡する意図を有する一方で将来も公共の用に供する意図はないことを認定している。Jarvis v. Gillespie, 587 A.2d 981 (Vt. 1991), at 987-88. 更に Connecticut 州上訴裁判所は最近、財産放棄は「放棄の意図を持って公衆が長期間利用しないこと」で成立するが、そのような意図は行政官の明確な言明による場合のみならず諸事情から推論することもできるとする Greist v. Amrhy, 80 Conn. 280, 68 A. 521 (1907) を引用 (at 285) しつつ、将来の財産利用計画が欠けていた点を放棄意図の推論に乗せる事に消極的見解を示している。Cornfield Point Ass'n v. Town of Old Saybrook, 91 Conn. App. 539 (2005), at 567-70.

以上の通り「公共の用」の判断基準には対立がある。他方で、自治体の土地が「公共の用」に供されていないならば保護されるべきでないのか、明確に説明するものは学説にも裁判例にも少ない。New Jersey 州最高裁の Devins 判決は、敵対的占有の制度機能からこの点を説明するものである。租税滞納者の財産の条件付換価処分 (tax sale certificate) の実行により自治体が取得した土地を私人が同州の法定期間である20年間敵対的占有した事例につき、同判決は、「究極的には、問題は公共政策の一つである。公共目的に供されていない自治体所有の不動産に関するより良いルールは、それを私人が所有する財産と同様に扱うことである。我々の信念の根底には、関係する出訴期限内にどのような財産を彼らが有し誰が占有しているかを発見するのを自治体に期待することは彼らに不当な負担を課すものではないとの認識がある。このような期待によって自治体はその財産を効率的に利用しようと促され、またそれを課税台帳に戻すよう促されるであろう。換言すれば、我々は自治体はその財産を利用せず、供用せず、確認すらしないような政策を採用することに躊躇を覚えるのである」と¹³¹⁾。「公共目的に供されていない」自治体所有地なのであれば私人の土地と同様のルールに服すべきとされるのは当然であるが、Devins 判決の説示はそのような話を越え、右土地に敵対的占有制度が適用される社会とされない社会の功利主義的比較を語っている。しかし同時に、「公共目的に供されている」か否かの判断基準が確立されている訳でもない社会でこの比較を行えば、前述した不動産法において現代的課題とされている問題が自治体所有地にも及んでくる可能性があることも示唆されるのである。

五 結びにかえて——古典的理論の再評価

公物不可時効性論の日米比較というテーマでありながら、その論じられ方の微妙なズレから本稿はその僅か一部を垣間見ることしかできていないが、以下ではアメリカ法から見て若干日本法に示唆し得ることを指摘して結びにかえたい。敵対的占有に対する主権免責特権を今後も理論として維持すべきかどうかについて、アメリカの研究者の関心は必ずしも多いとは言えないが、ここ数十年の間に若干の議論の蓄積がある。これを肯定する立場は、主権免責特権を否定すると、政府は不法占拠を防止するための莫大な監視コストを負う事となり、アメリカの国有地のほとんどが原生地であることを踏まえれば環境保護の観点から大きな問題が生じることを懸念する¹³²⁾。環境保護の視点が主権免責特権に関する州立法や自治体所有地に関する裁判例に垣間見られることは上述の通りである。これに対して主権免責特権に反対する立場は、これを肯定すると財産利用・管理に関する行政のインセンティブを損ね、かえって環境悪化を招く結果に終わること、有効な土地利用を促すという時効取得の制度目的に照らすと私人の財産と政府財産を区別する意義に乏しく、寧ろ

131) Devins v. Borough of Bogota, 592 A.2d 199 (N. J. 1991), at 202-203. See Comment, Devins v. Borough of Bogota: *Municipal Property for Sale or Theft*, 45 Rutgers L. Rev. 197 (1992).

132) See Latovick, *supra* note 126, at 495; see also Sprankling, *supra* note 80, at 851-57.

私有財産が適切に管理されるよりも政府財産が適切に管理されるほうが社会経済的には望ましいとさえ言えること、環境保全目的等で原生地を所有している民間団体には出訴制限が適用されるのでは一貫性を欠くとして、契約法や不法行為法の判例理論における主権免責特権の縮小と軸を同じくすべしと批判し¹³³⁾、その視点に立つと思われる州法・裁判例もある。ここに明らかな通り、そこでの議論は法と経済学的分析に終始しているが、これはアメリカ人の思考において主権免責特権の理論的措定とそれを修正するものとしての立法という構図で理解されていることに一因があるのであろう。

そしてそのような公物不可時効性の持つ機能論は我が国の諸学説にも示唆的である。例えば、敵対的占有制度が19世紀アメリカにおいてある種の機能を担うものとして期待されてきたその功罪を直視し、環境保護ないし天然資源確保の観点から主権免責特権の意義を再認識する見解からは、我が国における完全時効取得説は、田中博士による学説の主張時期とその時代性も合わせ考えると、近代国家確立期以後に見られる国家経済発展主義に裏付けられ、またそれに適合的な理論であり、結果的に公有地の民間化を志向する理論であるとの印象を抱くのかもしれない（同様のことは、民法162条の要件を具備すれば公用廃止を推定する立場にも該当しよう）。勿論、田中説は管理関係論に見られるように公物演繹論に立脚する当時の頑強な否定説という岩盤を打ち砕こうとする意図から出たものであり、イデオロギー的批判は完全時効取得説の理論的妥当性を何ら損なうものではないが、他方で環境や資源の視点が今後の公物法理論の形成において重要視されるべき課題の一つであるならば¹³⁴⁾、古典的な公物不可時効性論はその観点から再評価すべき点が多々あるように思われる。また最高裁が採用した黙示的公用廃止論が完全時効取得説と一致する方向で進むのではなく、両者の間の理論的対立軸を強く再認識すべきであるとすれば、環境保護の視点（単純化のきらいは残るが）は黙示的公用廃止論に期待される現代的役割の一つと成り得るものかもしれず、もしそうであるなら、最高裁の黙示的公用廃止論は公物の時効取得を認める結論先にありきの単なる通過儀式に墮するようなものであってはならない。問題は、単純な復古主義に墮することなくそれをどのように理論構成するかであるが、本稿ではその先の分析を何ら行うことができない。公物法理論全般の日米比較分析も含め残された問題については次稿以降の検討課題としたい。

（本稿は文部科学省科学研究費 [17730024] の助成による成果の一部である）

133) Comment, *Whose Land is it Anyway?: It's Time to reconsider Sovereign Immunity from Adverse Possession*, 49 UCLA L. Rev. 447 (2001); Note, *Developments in the Law; Statutes of Limitations*, 63 Harv. L. Rev. 1177 (1950), at 1252-53.

134) 塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」前掲註(42)、磯部力「公物管理から環境管理へ」成田退官記念『国際化時代の行政と法』（良書普及会、1993年）参照。