

所有者不明の土地の時効取得者による 国に対する所有権確認訴訟

宮 永 文 雄

目次

- 1 はじめに
- 2 所有者不明の土地の発生
- 3 関連判例
- 4 時効取得の場合の保存登記とその問題点
- 5 むすびにかえて

1 はじめに

民事訴訟においては、訴えを提起する場合、当事者を明らかにしなければならないが、原告には被告とすべき者が不明という場合も考えられる。

不動産に関する紛争の場合、通常は訴訟の被告を定めるのは登記上容易なはずだが、これを欠く場合逆に非常に大きな問題を抱えることとなる。解決方法としては、実体的に被告となるべき権利者を確定させる方法と、それをひとまず置き、手続上被告となるべき者を定める方法があり得よう。本稿で扱うのは、登記上所有者が不明の土地に関する所有権確認訴訟を提起する場合に、無主地は国庫に帰属するという民法 239 条 2 項の規定を用いて、国を被告に訴えを提起した事例である。

事件の経緯において、当該土地が国庫に帰属しているのが明らかである場合や、国がその所有権を主張している場合は、原告は国を被告として訴えを提起すれば、特に問題はない。しかし、本稿で取り上げる事例のように、被告自らが所有権を否定している土地について、所有権確認訴訟を提起した場

合は問題である。一般論として、このようなケースでは、確認の利益を肯定するのは困難である。しかし、その場合、原告が自らの所有権を確定させるのにいかなる方法があるかという問題が生ずる。本件のような訴訟を提起する以外に原告の所有権に関する登記をする方法があるのか、関連する訴訟を提起できるとした場合に誰が被告としてふさわしいか検討する余地がある。

本稿では、近年の最高裁判決をはじめとして、関連事例への分析を試みるとともに、この種の問題の解決策について若干の検討を加えたい⁽¹⁾。

2 所有者不明の土地の発生

明治期の地租改正以降、民有地については登記がなされ、また、官有地（国有地）に編入された。明治初期、その区分に関する基準は短期間に変遷しているが、明治8年の地所処分仮規則（地租改正事務局議定）が一応の終着点と言える。例えば、「第三章 山林原野秣場処分ノ事」第一條では、「山林原野秣場等簿冊ニ明記セルモノハ勿論従来甲乙村入会等の証跡アルモノハ民有地トシ其証左無キモノハ官有地第三種ト定メ内務省ノ処分ニ帰スベキコト…」とあり、民有地ということが明らかでないものは官有地に編入されたことが分かる。

後述判例で問題となっている墓地については、変遷がみられる。まず、明治4年太政官布告第4号「社寺領現在ノ境内ヲ除クノ外上地被仰出土地ハ府藩県ニ管轄セシム」は「諸國社寺由緒ノ有無ニ不拘朱印地除地等従前之通被下置候処各藩版籍奉還之末社寺ノミ土地人民私有ノ姿ニ相成不相当ノ事ニ付今度社寺領現在ノ境内ヲ除ノ外一般上知被 仰付追テ相当禄制被相定更ニ廩

(1) 本研究については福岡民事訴訟判例研究会（平成24年2月17日）において出席者から多くの示唆を得ることができた。お礼を申し上げる次第である。

米ヲ以テ可下賜事 (以下略)」と規定する。すなわち、版籍奉還によって大名領・旗本領については、処理されたものの、寺社領については従来のものであったので、上知によって境内地を除く他は府藩県の管轄とし、最終的には国の統治機構のもとへの組み入れを図ったものである。

続いて、明治 7 年太政官布告第 120 号においては、官有地第三種「地券ヲ発セス地租ヲ課セス区入費ヲ賦セサルヲ法トス 但人民ノ願ニヨリ右地所ヲ貸渡ス時ハ其間借地料及ヒ区入費ヲ賦スヘシ」とあるなかに「山岳丘陵林藪原野河海湖沼池澤溝渠堤塘道路田畑屋敷等其他民有地ニアラサルモノ」を含めるほか、「民有地ニアラサル堂宇敷地及ヒ墳墓地」があり、民有地と明らかでない墳墓地については、ここで官有地に組み入れられたことになる。

ところが、明治 8 年の地所処分仮規則 (地租改正事務局議定) においては、「第六章 墓地処分ノ事」と一章を設け、そこで「第一條 従前官有地ニ設クル墳墓ノ地区域ヲナシタル地ハ今度更ニ民有地第三種ト定メ人民共有墓地トナスヘキコト」「但区域内に余地アルトモ将来ノ備地ト心得据置ヘキコト」(以下略) と規定した。これによって、いったん官有地に組み入れられた墳墓地は再び民有地として扱われることになった。ただし、地所処分仮規則においては「人民共有墓地トナスベキコト」としているのみで、具体的な「人民」の扱い等詳細については規定していない。実際に、その時点で墓地を使用している一族の当主等の氏名全員を記載して、その共有とするべきであったものと思われる。しかし実際には、その扱いは徹底されていなかったようで、「何某ほか○名共有」とか、「○○村共有」等と記載されたり、空白のまま放置されたりしたことが後掲の判例等から窺える。以上を含む適切な処分が行われなかった「脱落地」「登記漏れ地」については、時代が下るにつれ、これらの処分が問題となっていったと考えられる。

登記技術的な問題も含むが、「ほか○名」では具体的に誰を指すのかが不明となり、その結果登記に支障が生じ、所有権確認訴訟等を提起しようとした場合に具体的に誰を被告とすべきかという問題が生じる。二当事者対立構

造を前提とする以上、被告がいなければ適法な訴訟を維持することができないこととなる。

もし、これらの土地が誰からも所有権を主張されることなく、無主地として扱われていたならば民法の規定により国庫に帰属することになる。あるいは、国による時効取得ということもありうる。

しかしながら、民間によって占有が継続していた場合などは、所有者が不明であったとしても、国が時効によりこれを取得したとは考え難く、国を被告として所有権確認訴訟等を提起するのは困難と言わざるを得ない。このような場合、国は土地の所有権を争わないものである。紛争が存在しなければ問題ないともみられようが、その場合、登記申請を受理されるのかという実務的な問題が生じる（後述）。

3 関連判例

この問題に関する判例は国有地にあたるか否かについて争われたものも含めると、判例集未搭載のものも含め少なくないと思われる。その全てに言及することはできないが、本稿では、表題部所有欄のないものや共有地として扱われているもの等について掲げ、また登記漏れ土地の扱いに関するもの、旧民法下の絶家財産の扱いに関するものについて簡単に触れることとする。近年の最高裁判例【1-3】が一つの到着点となるだろうが、なお検討を要する部分は多い。

（1）所有者不明の墓地の扱い

前述の通り、墓地（墳墓地）の官民有地の区分については明治初期に変遷があり、最終的には民有地である人民共有墓地とされたが、その過程では取り扱いが不十分な例が生じている。以下の判例ではいずれも被告である国が国有地ではないと主張し、裁判所も国有地ではないと判示した。

【1-1】 東京地裁昭和 50 年 8 月 29 日判決 下民集 26 卷 5 = 8 号 728 頁

(事案の概要)

登記簿の表題部所有者欄に「共有地」とのみ記載されている土地の所有権を主張する X が、Y (国) を相手に提起した土地所有権の確認の訴えは確認の利益を欠くとされた判例である。

本件土地について表示に関する登記がなされ、地目「墓地」、所有者「共有地」と記載され、所有者の住所、氏名、共有持分の記載はない。本件土地は古くから X 方の個人墓地であつた土地であり、本件土地はもと A の所有であつたが、その養子 B が家督相続により本件土地の所有権を承継した。その後さらに X に順次承継されたものである。

(判旨) 訴え却下

本件土地については表示に関する登記がなされ、所有者「共有地」と記載されていることは前述のとおりであるが、右登記は被告に属する登記官が行政官庁として一定の審査をしたうえなした処分である (不動産登記法第 152 条<現・156 条>所定の審査請求の対象たる「処分」に該当する。)。当該処分の内容が原告の権利と相容れないものとなつていることは否めないが、そこに、被告が私人たる原告と対等の次元に立ち、原告の利益と対立拮抗する利益を主張するという関係はなく、被告に属する登記官の国法上の行為が原告の権利に影響を与えるという関係しか見出せない。むしろ、原告の利益と対立拮抗する利益を主張する者と評価できるのは、右登記の所有者欄に記載された「共有地 (の所有者)」であるとみるべきである。当該「共有地 (の所有者)」が登記の記載上不特定である (不動産登記法第 78 条第 5 号<現・27 条 3 号>参照) ため、原告において本件土地につき自己名義の所有権保存登記を経由するに必要な所有者の更正登記手続にあたり添付すべき承諾書 (同法第 100 条第 1 号<現・74 条 1 項 1 号>、第 81 条の 7 第 1 項<現・33 条 2 項>) を得ることも、また訴を提起して承諾を命ずる判決あるいはその

者との間で所有権を確認する判決を得ることもできないからといって、直ちに被告との間で前叙の紛争の成熟があるということにはならない。

あるいは、本訴は、本件土地は無主物として国庫の所有に帰していたところ、時効により所有権を取得したので、前主である被告との間で所有権の確認を求めるといふ趣意に解する余地もなくはない。しかし、所有者欄に「共有地」とあることは所有者が存すると推定されるものであつて、所有者を特定しえないことをもつて本件土地が無主物であつたと断定することは無理である。

（コメント）

官民有地の変遷については触れていないが、所有地「共有地」とされた経緯については、前述のような経緯が推測される事例である。本来適切な被告は「共有地（の所有者）」であると指摘していること、そうした場合に登記にあたって必要と考えられる原告の所有権を確認する判決を得られないからといって、確認の利益に必要な紛争の成熟があるとは直ちには言えないこと、「共有地」であるからには所有者が存すると推定され、無主物として国庫の所有に帰していたとは言えないと判示している。

【1-2】 広島高裁昭和 62 年 10 月 16 日判決 訟月 34 卷 7 号 1405 頁

（事案の概要）

X（宗教法人）は、訴外Aから、その一族の墓地跡を買受けたが、本件土地は明治8年「地所処分仮規則」によって民有地取り扱いがなされた土地である。本件土地は登記簿の表題部所有者欄に「広島市共有地」と記載された土地であり、Xは、登記を得るために確定判決が必要であり、本件土地は無主物として国庫に帰属したとしてY（国）を被告として所有権確認の訴えを提起したものである。広島市やA一族をはじめ、Xの所有権を否定している者はいない。一審（広島地裁昭和 61 年 3 月 28 日判決）では請求認容。Yが控訴した。

なお、本件土地の登記簿表題部所有者欄には、前記のとおり「広島市共有地」と記載されているが、土地台帳の前身である地券台帳にはもともと「共有地」としか墨書されていなかったのであり、後日「広島市」の文字が「共有地」の右肩に書き込まれ、土地台帳の所有者等欄に「広島市共有地」と移記されたことが認められるが、その経緯は不明である。

(判旨) 控訴認容 (訴え却下)

1 …以上を総合すると、本件土地が無主の不動産として国庫に帰属していたとは到底認められず、本件土地は、祭祀財産としてA一族において祭祀を主宰する者に代々承継され、右売買当時少なくともAを所有者の一人とする共有地であつたとみるのが相当である。したがつて、Yが本件土地の前所有者であることを根拠にYとの間に確認の利益があるとするXの主張は採用できない。

2 そして、〈証拠略〉によれば、Yが本件土地についてXの所有権を否認したり、自ら本件土地について所有権等の権利を主張したりしているものではないことが認められるが、Xは、その場合でも、Yの将来の担当者の意向でYが所有権を主張することがありうるから、そのような不安をなくし、YとX及びその承継人との間で将来にわたつて争いをなくする必要から確認の利益があると主張する。しかしながら、確認の利益があるというためには、原被告間の紛争に即時確定の必要性がなければならないのであつて、将来Yが本件土地について所有権を主張するかもしれないということでは、即時確定の必要のないことが明らかであり、Xの右主張は採用できない。

3 また、Xは、仮にA一族の者を相手方として確認判決を得て、その判決に基づき所有権保存登記を申請したとしても、本件土地の登記簿表題部にA一族に関する記載がないから、登記実務上その申請は拒否されることが予測されること等を根拠に、Yを相手方として確認訴訟を提起する以外に方法はない旨主張する。そして、本件土地の場合、登記簿表題部に「広島市共有地」の記載しかなく、前示のとおり「広島市」の記載は格別意味を持つわけでは

ないから、右記載自体からは表題部の所有名義人が何人であるか特定できない。しかしながら、たとえ登記実務上X主張のような事態が予測されるとしても、その事の故に、直ちにYとの間で紛争の即時確定の必要性があるということにはならない。

（コメント）

登記簿表題部所有者欄に「広島市共有地」との記載があるという事例である。事案の詳細は定かでないが、具体的に誰の「共有地」かが記載されなかったことが、現在の紛争に至っているといえる。Xは、この間広島市より広島市の所有でない旨の文書を得るなどしており、自らの登記を得るために手を尽くした跡がみられるが、高裁判決では、即時確定の必要性がないとして、本件訴えを却下している。

本件の場合、当該土地を売却したAも、所有権を争っていない。仮にXがAを被告として所有権確認訴訟を提起したとしても、訴え却下となりそうである。Aが時効取得したとして自らを所有者とする登記をし、その後Xへ譲渡するのが自然だろうが、Aが登記をする時点で同様の問題が発生することになる。

【1-3】 最高裁平成23年6月3日第二小法廷判決 裁判集民237号9頁⁽²⁾

（事案の概要）

本件は、X寺がY（国）に対して「所有権のない不動産」として国庫に帰属していた本件土地を時効取得したとして、所有権を有することの確認を求めた事案である。

本件土地は、明治初めには官有地に区分されていたが、明治8年に民有地

(2) 本件に関する評釈等として、今村与一「本件評論」判例時報2412号（判例評論639号）152頁、上田竹志「本件解説」私法判例リマークス45号102頁、野村秀敏「本件紹介」民商法雑誌145巻6号32頁がある。

に編入された。登記記録には、地目及び地積の記録はされているが、表題部所有者の登記も所有権の登記もなく、所有者不明の状態になっていた。Xは、法人格を取得した昭和 30 年から 20 年間これを占有して時効取得したと主張して、Y に対して訴えを提起したものである。

第 1 審（甲府地裁平成 20 年 10 月 10 日判決 LEX/DB 25483526）では、本件土地が無主の土地として国庫に帰属することを認め、訴えの利益を肯定したうえで、請求を認容した。しかし、原審（東京高裁平成 21 年 10 月 14 日判決 LEX/DB 25483525）では、Y は、本件土地の所有者ではなく、Y 自らも本件土地が国有地であることを否定しているから、X と Y との間に本件土地の所有権をめぐる紛争は存在せず、これを即時確定する必要は認められないとして、1 審判決を取消し、本件訴えを却下した。X が上告受理を申し立て、受理された。

（判旨）上告棄却（訴え却下）

Y は、本件土地が Y の所有に属していないことを自認している上、前記事実関係によれば、Y は、本件土地が明治 8 年 7 月 8 日地租改正事務局議定「地所処分仮規則」に従い民有地に編入されたことにより、X が主張する取得時効の起算点よりも前にその所有権を失っていて、登記記録上も本件土地の表題部所有者でも所有権の登記名義人でもないというのであるから、本件土地の従前の所有者が不明であるとしても、民有地であることは変わらないのであって、X が Y に対して X が本件土地の所有権を有することの確認を求める利益があるとは認められない。

所論は、本件訴えの確認の利益が認められなければ、X がその所有名義を取得する手段がないという。しかし、表題部所有者の登記も所有権の登記もなく、所有者が不明な土地を時効取得した者は、自己が当該土地を時効取得したことを証する情報等を登記所に提供して自己を表題部所有者とする登記の申請をし（不動産登記法 18 条、27 条 3 号、不動産登記令 3 条 13 号、別表 4 項）、その表示に関する登記を得た上で、当該土地につき保存登記の申請

をすることができるのである（不動産登記法 74 条 1 項 1 号、不動産登記令 7 条 3 項 1 号）。本件においては、X において上記の手続を尽くしたにもかかわらず本件土地の所有名義を取得することができなかつたなどの事情もうかがわれず、所論はその前提を欠くものというべきである。

（コメント）

本件土地は、少なくとも江戸時代末期には、法人化前の X 寺の境内ないし敷地として扱われていたものとみられる。その後も本件土地では、昭和 45 年ごろまでに、X 寺で薪として利用するために、檀家などにより使用収益がおこなわれていたようである。X 寺の本件土地の所有に関して特に紛争はみられない。

前述のように、明治 4 年太政官布告第 4 号においては、寺院の境内についてのみ寺院の所有が認められ、それ以外の寺院領については官有地とされた。本件土地は境内外の墳墓地として官有地とされている。ただし、本件土地が墳墓地であったという確証はなく、現在も墓地は存在しないようである。その後、明治 7 年太政官布告第 120 号により、本件土地は官有地第三種に分類された。しかし、明治 8 年地租改正事務局議定「地租改正仮規則」は第 6 章第 1 条で官有の墳墓地を民有地に分類し「人民共有墓地」とすべきこととしたため、本件土地は、再び民有地とされることとなった。

昭和 30 年、本件原告 X 寺が宗教法人格を取得、X 寺は昭和 50 年本件土地に関して X 寺の取得時効が完成したと主張している。平成 19 年、X 寺が Y（国）に対して所有権確認訴訟を提起している。なお、本件土地は農道整備事業の用地となっており、本件土地の所で工事が中止している状況であったようである。

以上が経緯であるが、上述の太政官布告、地租改正事務局議定に基づけば、明治 8 年には本件土地は国の所有を離れたことになるが、本件土地にはその後、表題部所有者の登記も所有権の登記もされないまま現在に至ったことになる。

いったん民有地と区分された土地であっても、承継する者がなく、管理もされていない状態だった場合などの理由で、この種の土地を所有権のない不動産と考え国有地とすることも可能性としてはありうる。しかし、本件原審判決においては、「本件土地は…、過去において所有者が存在していたことが推認される民有地であり、過去に所有者が存在していた以上、相続人が存在していたとすれば当該相続人に帰属したものと解される。また、仮に相続人が不存在であった場合であっても、相続人不存在の不動産は、法の定める諸手続（民法 951 条から 959 条）を経て初めて国庫に帰属するものであるところ、本件土地について、その所有者の相続人が不存在であり、かつ国庫に帰属させるための諸手続が履践されていることを認めるに足りる証拠はない。」として、国庫に帰属したとする X の主張を斥けている。

本件で原告・X 寺は時効起算点を、X 寺が宗教法人格を取得した第二次大戦後としているが、現実にはそれ以前から X 寺ないし檀家等が本件土地を一貫して管理している。登記がないことから、自らの所有地でないとして土地が収容される恐れを考慮しなければならないが、他方、現在に至って国が所有権を主張するとは考えにくいのも事実であろう。所有者不明の土地であったという余地は否定できないにしても、無主地であり、それゆえ国有地とする根拠には乏しいのではないか。この点は判例【1-1】・【1-2】とも関連する部分である。

(2) 登記漏れの土地の扱い

前述の(1)に類似の例であるが、経緯から登記漏れの土地と考えられる例である。ただし、現状が無番地の土地である場合などでは(1)と比較して、少なくとも登記上は国有地として認定することが容易であると思われる。逆に判例【2-2】は、無主地であることを否定して、確認の利益を欠くとした事例である。

【2-1】 東京高裁昭和 52 年 5 月 31 日判決 東高民時報 28 卷 5 号 118 頁

（事案の概要）

本件土地は登記簿の存しない無番地の土地である。長年占有を続けてきた X は、Y（国）を相手取って、所有権確認訴訟を提起した。X の主張は現在の登記制度上被控訴人らが本件土地に対する所有権登記をしようとするれば、国に対する所有権確認の判決または判決と同一の効力を有する和解調書等によつて所有権を証するほかに途がない以上、本訴につき、確認の利益が現実に存在するものと認められるべきである」というもの。これに対し Y は、本件土地は明治 7 年当時訴外 A 寺の所有であつて、国有地ではないと主張し、A 寺を被告として訴えを提起すべきであるとして、訴えの却下を求めたものである。

（判旨）控訴棄却（請求認容）

本件土地は、……旧土地台帳附属地図上には、原判決添付図面記載のとおり、本件土地が無番地の土地として表示されており、本件土地に対する登記は存しないこと、……他に所有権者と認めうべき者は存しないとはいえ、現実の支配関係のみから直ちに本件土地がもともと B ないし C の所有に属していたものとして、無条件にその相続人ら < X ら > が所有権の主張をなしうるものとされるべきではなく、かような、真実の権利者を明らかにしえない登記洩れの土地については、これを無主の不動産として国庫の所有に帰したものとしたうえで、占有者において取得時効の要件を充足する場合に限り、右時効の援用による占有者の所有権取得を認めるのが相当というべきである。

（コメント）

本件は、係争地を無主の不動産と積極的に認定して国庫の所有に帰したものとしたうえで、時効による所有権の取得を認めた事例である。事実認定においては、民有地であったことを示唆する明治初期の諸々の資料については、この信ぴょう性に疑問を投げかけ、「真実の権利者を明らかにしえない登記漏れの土地」と判断、これを無主の土地とすることとしたものである。

法律論としては、所有者不明の土地を直ちに無主の土地と断定してよいのかは、疑問の余地もある。しかしながら、現に無番地で登記簿も作成されていないという現状は、特段の事情がない限り、民有地ではなかったと認定するのは自然である。原告に法的救済を与えることになる裁判所の法解釈も、本件の事実認定を前提とする限り違和感はない。

【2-2】 前橋地裁高崎支部平成 13 年 8 月 9 日判決 LEX/DB 28071601

(事案の概要)

X が、本件土地は、取得時効完成当時には無主であり、民法 239 条 2 項により、Y (国) が所有していたことになる等の確認の利益を基礎付ける事実があるとして、Y を被告として、本件土地に対する X の所有権の確認を求めた事案である。

判決では、本件土地の旧公図を見ると、地番や山林の等級と示すものとみられる記載があり、本件土地は、無主なるがゆえの国有地とは扱われていなかったという実績を示唆しており、そうすると、本件訴えは、本件土地に何ら利害関係を有しない Y に対してその所有権の確認を求めたこととなるから、確認の利益を欠き、不適法であるとした。

(判旨) 訴え却下

一般に、一旦発生した所有権は消滅事由のない限り存続するところ、以上のとおり、本件土地にはかつて所有者が存在したことが推認され、その後無主になったという事情が主張されていない本件では、その後である平成 7 年 4 月当時前同様の推認が維持されるべきである。

<中略>

原告は、真実の所有者を明らかにすることができない登記漏れ地につき、占有者が取得時効の要件を充足する場合に限り、例外的に、当該土地を無主であると擬制して、民法 239 条 2 項により、国の所有と認定し、これにより国に被告適格を認め、かつ、確認の利益を肯定すべきであると主張する。

しかしながら、原告が主張するような擬制の要件と効果を規定した法令は存在しないので、この原告の主張は、立法論にすぎず、憲法 76 条 3 項により客観的に存在する法令のみを基準として裁判することを一義的に命じられている（すなわち、受訴裁判所には法令を創造する権限はない）裁判所にとっては、採用の限りでない。

そうすると、本件訴えは、本件土地に何ら利害関係を有しない被告に対して、その所有権確認を求めたこととなるから、確認の利益を欠くというべきである。

（コメント）

本件土地は山林であり、無主の土地は国庫に帰属とするという民法の規定を根拠に、国に対して所有権確認訴訟を提起した点で類似のケースであるが、判例【2-1】と異なり、裁判所は本件土地が国有地ではないと判断している。確認の利益に関しても被告適格について踏み込んで判示しており、国庫に帰属することが明確でない場合も、場合によっては国の所有と擬制して被告適格を認めるべきという原告の主張を立法論にすぎないとして斥けている。

（3）民法施行前の絶家財産の扱い

民法施行前においては、絶家財産で 5 年間経過しても親族の協議が整わないものは官没されることとなっていたが（明治 17 年太政官布告第 20 号⁽³⁾）、協議も整わず官没もされていないまま民法施行を迎えた財産について、これをどのように扱うかが争点となった事例がある。これらの土地には取得時効が成立していると思われるが、占有者が所有確認訴訟を提起する際、被告を誰にするかが問題となったものである。

（3） 大審院大正 10 年 3 月 8 日判決民録 27 輯 502 頁参照。

【3-1】 仙台高裁昭和 33 年 3 月 15 日判決 下民集 8 卷 3 号 478 頁

(事案の概要)

Xが自らの占有する土地に取得時効が成立したと主張して、Y（国）に対して所有権確認訴訟を提起したものである。Xは、相続人がおらず絶家財産となっていた本件土地は、無主物で民法施行時に国庫に帰属することになったとして、Yを被告とした。Yは、本件では相続財産と被告とすべきで、自らは被告適格を欠くと主張した。なお、本件はXがA相続財産を主位的に、Yを予備的に被告として訴えを提起したものであり、これが原審で分離され、前者は訴え却下、控訴審においても「A相続財産という法人は存在しない」として控訴棄却、控訴審判決以前にこれが確定している。

(判旨) 控訴棄却 (請求認容)

本件不動産〈絶家財産〉は民法施行当時無主の不動産となつていたものというべく… (中略)

Yは前記の如く民法施行時に所有権を取得したものであるから、その後にてY所有の本件土地の所有権を時効により取得したXに対し、本件土地につき所有権取得登記を経由したうえ所有権移転登記をなすべき義務があることは明らかである。

【3-2】 福岡高裁昭和 49 年 12 月 23 日判決 訟月 21 卷 4 号 770 頁

(事案の概要)

XがY（国）に対して、本件土地を時効取得したとして所有権確認訴訟を提起したものの。Xの主張によると本件土地登記簿の表題部所有者欄に記載されたBは、数代前のA寺の住職で明治22年に死亡しその相続人は不存在である。本件土地は無主の財産であり国庫に属したとして、さらに本件土地に対する取得時効が完成していると主張した。

(判旨) 訴え却下

…控訴人が本件土地につき所有権保存登記手続をなすために、所有権の確

認ないし所有権移転登記手続請求の被告とすべき適格者は亡Bの相続財産というべきであるから、民法952条によつて家庭裁判所から相続財産管理人の選任を得るか、または急を要し遅滞のため損害を受くる虞ある場合は、民訴法56条〈現・35条〉により右相続財産のため特別代理人の選任を得たうえ、亡B相続財産を被告として訴を提起すべきものといわねばならない。控訴人主張のように、無主の不動産は国庫の所有に属し、被控訴人が本件土地の登記簿上の名義人たる地位をもBより承継している旨の主張は、本件土地が控訴人所有の土地である旨の控訴人の前記の主張と矛盾撞着するものであつて、Yが本訴請求の被告としての正当な当事者適格を有する事由となし難い。

（コメント）

判例【3-1】と【3-2】は、民法施行前の絶家財産のうち、民法施行時に官没もされず、親族の協議も整っていなかったものについての扱いに関する問題であり、改正前民法1052条は「相続人アルコト分明ナラサルトキハ相続財産ハ之ヲ法人トス」と定めていた。この見解は分かれており、判例【3-1】では、無主物として扱い、判例【3-2】では、無主物ではないとしている。ただし、この類型の場合、実務的には国を被告とするか、相続財産を被告とするかの選択の問題であり、理論的にはともかく現実的には、類型（1）や（2）のような、被告となるべき適当な者を見出すのが困難であるという問題は生じないといえよう。

（4）小括

まず、判例を整理すると、（1）の類型は明治初期の官民有地区分において最終的に民有地とされたとみられる墓地であるが、現実には所有者不明であっても「共有地」その他、所有者が存在したとみられる場合は、無主地ゆえに国庫の所有となったという扱いはされていない。

続いて（2）の類型はこれとは離れるが、やはり地租改正やその後において、登記漏れが生じたと考えられる土地である。所有者不明の土地を無主地

として国庫に帰属したものすることできるかについては判断が分かれているが、結局のところ判例【2-1】は登記がないなど国有地と認定する条件がそろっていたため、国有地であることを認め、被告適格をも認めたと考えられなくもない。

最後の(3)の類型については、基本的には民法の解釈が分かれたものと言えよう。しかしながら被告適格者は国か相続財産のいずれかであり、被告適格者が存在しないという事態は避けられよう。実体法上の議論は残るとしても、現行民訴法のもとでは、41条の同時審判申出共同訴訟を用いるなどすれば、原告の「両負け」は防止できる。

いずれの場合にも、所有者が不明であるというだけでは、無主地として国庫の所有と認める例は少なく、無主地と擬制して国に被告適格を認めるものでもない。ただし、事件によっては登記等に国有地と認める要素があり、そのような場合には、国庫の所有として被告適格を認めている。下級審判例は別れるものの、最高裁判例である【1-3】は、おおむねこれらの流れに沿ったものであるといえよう。

4 時効取得の場合の保存登記とその問題点

(1) 時効取得の登記実務

所有権確認訴訟において、被告とすべき適切な者が見当たらないということになれば、論理的には原告となるべき者の権利は守られており、あえて判決によって、それを確認する必要はないという理解もできる。しかしそれでは、対外的に、権利者であることが明らかでなく、法的に不安定な立場におかれかねない。所有権確認の判決を得なくても、例えば時効取得を原因とする登記ができれば、問題はかなり乗り越えられるはずだが、実務的には困難な問題が生じる。

時効取得は、原始取得であるとするのが通説の考えであるから、性質上は

権利の設定・移転にはあたらないので、所有権の保存の登記に属するものと考えられる⁽⁴⁾。しかし、判例（大審院大正14年7月8日民事連合部判決民集4巻412頁）は時効取得した土地であっても、その登記は所有権移転の方式による登記をして、それにより第三者に対する対抗要件を具備すべきとしている。実務も古くからこの方式を採用している⁽⁵⁾。しかし、表示の登記がされていない場合は問題となる。

表示の登記がされていない（したがって、所有権保存登記もされていない）甲所有の不動産について、乙が時効によりその不動産を取得した場合の登記の方法としては、時効取得した乙所有者は、所有権を証する書面（甲の所有権を証する書面および甲の作成した時効取得により乙に所有権が移転したことを証する書面）を添付して、直接自己のために乙名義の不動産の表示の登記の申請をしたうえ乙名義の所有権保存登記の申請をするのが原則とされる⁽⁶⁾。

このような場合、前主が手続に協力するとも限らず、被告が自身に所有権がないことを自認している場合などは、この方法によって登記の手続きをすることはできないことになる。そこで、不動産登記法74条1項2号に掲げる「所有権を有することが確定判決により確認された者」として、保存登記を申請するということが考えられる。前述のように、時効取得の性質を考えれば保存登記の方法でも差支えないはずである。

（2）確定判決による所有権の確認と関連する問題

まず、不動産登記法74条1項2号でいう「確定判決」の類型としては、原告が所有権を有することの確認判決が想定されよう。しかしそれ以外であっても、所有権が認められているものであれば、給付、確認、形成のいずれ

（4） 小川勝久『新・不動産登記法のみちしるべ』（日本評論社・平成18年）263頁。

（5） 浦野雄幸『判例不動産登記法ノート（二）』173頁（テイハン・平成元年）、小川・前掲注4・263頁。

（6） 浦野・前掲注5・173頁

の判決でもよく (大審院大正 15 年 6 月 23 日判決民集 5 卷 536 頁⁽⁷⁾)、また、確定判決と同一の効力を有するものとされている裁判上の和解の場合の和解調書もしくは審判の場合の審判書によって所有権が認められる場合も含まれる⁽⁸⁾とされる。

つぎに、この判決が誰を被告とすべきものかが問題となる。不動産登記法 74 条 1 項 2 号にいう「確定判決」の被告は、通常であれば表題部所有者と一致すべきだろうが、本稿で取り上げるような表題部所有者の登記のない場合や具体的に誰を指すのか不明な場合は問題となる。もし表題部所有者と一致しなければならないということになれば、他に適切な被告を想定しなければならず、なければ二当事者対立構造を維持できなくなり、適法な訴えとは考えられないことになる。この点について「確定判決」の被告と表題部所有者が一致する必要があるかについての議論としては、主として以下のようなものがある⁽⁹⁾。

- 1) 不動産登記法 74 条 1 項 2 号による所有権の保存の登記が、表題登記がされていない (したがって表題部所有者の記録がされていない) 不動産についても認められることなどから、表題部所有者であることを要しないと見る見解⁽¹⁰⁾

例えば、「表題部所有者甲の相続人で、その不動産を相続により取得した乙又は甲からその不動産を買い受けた乙から、当該不動産を買い受けた丙がその乙 (表題部所有者でない。) を被告として、当該不動産の

(7) 本判決は給付訴訟についてもこれに含むとしたもので、「(旧) 不動産登記法百五条第百六条各号ノ…所謂判決ハ所有権確認ノソレノミナラス原告ノ所有権者タルコトヲ肯定シ以テ登記義務者タル被告ニ対シ登記ヲナスベキコトヲ命ズル給付判決ノ如キモ亦之ヲ包含スルト解スルヲ相当トスル…」と判示した。

(8) 鎌田薫=寺田逸郎・編『新基本法コンメンタール・不動産登記法』266 頁 [宮本俊忠]。

(9) 同上。

(10) 香川保一「新不動産登記法逐条解説 (68)」登記研究 668 号 124 頁。

所有権者が現在丙であることの確認訴訟を提起して、その判決による丙の所有権の保存の登記の申請を認めてさしつかえない⁽¹¹⁾とし、「本条第1項第2号の判決による所有権の保存の登記は、当該不動産について表題登記がされていない（したがって表題部所有者の記録がされていない）場合にも、認められているのであるから、その判決の被告が表題部所有者でない場合もさしつかえないものと解すべきである」⁽¹²⁾という。ただし、「原告が所有権を有することを認める判決の場合、何人を被告にすべきかの被告適格の有無は、訴訟要件として裁判所が判断するものであるから、その判決は、その被告適格を裁判所が肯認しているものであることは言うまでもない⁽¹³⁾」とする。当然のことながら、あくまでも被告適格があることを前提とした議論である。

- 2) 馴れ合い訴訟に対応できず登記の真実性の確保の観点から問題があるとして、判決は表題部所有者に既判力が及ぶものでなければならぬと解する見解が有力であるとするもの⁽¹⁴⁾

被告と表題部所有者を一致させることを要件と断定しているわけではないが、これに準じるものである。本稿で論じる表題部所有者が明らかでない場合は、これには当たらないものと言える。

- 3) 表題部所有者と被告が一致する必要までは認めないものの、少なくとも判決理由中でその理由が示されるべきというもの⁽¹⁵⁾

上記の2)が表題部所有者に既判力が及ぶこと要求しているのに比べ、要件を広く認めたものであるが、一定の制約を設けたものである。

これに近い説として、例えば、表題部の所有者の登記が「Aほか10

(11) 同・124－125頁（注2）。

(12) 同・125頁。

(13) 同・125頁（注）。

(14) 林良平＝青山正明・編『注解不動産法（6）〔補訂版〕』670頁。

(15) 鎌田＝寺田〔宮本〕・前掲注8・226頁。

名」と記載されているような場合において、A を被告とする判決により不動産登記法 74 条 1 項 2 号による所有権保存の登記の申請があった場合、所有者の更正の登記をすることなく受理することができるか、という問題がある。この点については、少なくとも判決理由中において表題部の所有者の記載にかかわらず当該不動産の所有権が原告に属するものであること、いい換えれば、表題部の所有者との関係が判決理由中で触れられ、その記載に関わらず原告の所有に属することが説示（証拠に基づいて認定）されている判決でなければならないと考えられる⁽¹⁶⁾と説かれる。

判決理由中において証拠によって認定され、現在は申請人である原告の所有であるというような事実が証拠により認定されている場合であれば、A ほか 10 名のすべてを被告としていなくても所有者の更正の登記をすることなく、この判決による所有権保存の登記を認めてさしつかえないであろう⁽¹⁷⁾というものである。

以上のように議論は分かれるが、表題部所有者と一致する必要性までは認めないものの、少なくとも判決理由中でその理由が示される必要があるという見解が有力であろうか⁽¹⁸⁾。いずれにせよ、条件付きで被告と表題部所有者が一致不要とする説は、上記の例にもあるように被告のうちその中核とも言える人物は一致していることを前提とした議論が中心であり、全面的に不要とする説も被告適格があることを当然の前提としている。

確認の利益の議論とも絡むが、本件のように登記がない場合に、利害関係のない者を被告とした所有権確認訴訟を提起し確定判決に基づいて保存登記を行うこと（保存登記直接型）は、少なくとも以上の議論に立脚してこれを

(16) 吉野衛「所有権保存の登記」登記先例解説集 20 卷 9 号 81 頁。

(17) 藤原勇喜「表示に関する登記における最近の諸問題（3）」登記研究 441 号 15 - 17 頁。

(18) 鎌田=寺田〔宮本〕・前掲注 8・226 頁。

認めることはできないと考えるべきであろう⁽¹⁹⁾。確認の利益は、原告の権利または法的地位に危険・不安が現に存在し、かつ、その危険・不安を除去する方法として原告・被告間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否の判決をすることが有効適切であるという場合に認められるとされる⁽²⁰⁾。3（1）の類型の判例において、国は、本案では原告が係争地を時効取得したことについては否認しているようだが、国自身は土地の名義人でもなく、自らに所有権のないことを自認しており、所有権の有無に関しては原告と争っているわけではない。このような場合、一般論として、Xの所有権ないしその登記に関して、Yを被告として土地の所有権確認に関して存否の判決をすることが、（存在しているとXが主張する）紛争の解決に資するとは考えられず、Xに確認の利益があるとは言い難い。

（3） 登記申請を却下した場合の訴訟の可否

問題は、XがY（国）を被告とした所有権確認訴訟が許されないとなると、不動産登記法74条1項2号の確定判決を得ることはできないことになるが、これでは、Xの法的地位は不安定なままである。本件土地を時効取得したとして、いかなる方法でこれを登記するかが問題となる。

最高裁判決【1-3】が指摘しているのが2段階の登記による方法（表示登記介在型）である。すなわち——1）不動産登記法27条3号に基づき、自己を所有者とする表示に関する登記を申請する。その後2）表題部所有者としての資格に基づいて不動産登記法74条1項1号により所有権保存登記を取得する——というものである。判決では、この方法によって登記を行う余地が

(19) 確認の利益と被告適格の問題は分けて考えるべきであるが、確認訴訟においては表裏一体のものと考えて、本件において被告適格は確認の利益に包含されると考えてよからう。高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版〕』（有斐閣・平成23年）243頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂・平成23年）270—271頁参照。

(20) 新堂・同上・270頁、高橋・同上・358頁参照。

あると指摘したうえで、「本件においては、Xにおいて上記の手続を尽くしたにもかかわらず本件土地の所有名義を取得することができなかつたなどの事情もうかがわれず、所論はその前提を欠くものというべきである。」として、訴え却下を相当とした。

現に紛争が存在するとは言えない状態において、第一次的に訴訟によらない方法で登記が認められるのは順当ではある。ただし、判例【1-3】が指摘する方法で登記申請を行っても、これが却下される可能性もある。この場合、74 条 1 項 2 号の定める確定判決による登記申請を行う余地があるだろうか。判決では、具体的にどのような方法によって救済が図られるべきかについては、明らかにしていない。すなわち、抗告訴訟のような行政訴訟を提起することができるのか、それで十分な救済が得られなかった場合は、所有権確認訴訟によることができるのかということについて、判決は言及していない⁽²¹⁾。

私見では、本件のような事例において、登記申請の却下に行政処分性があることを前提に抗告訴訟等により救済を図る余地はあるものの、所有権確認訴訟を提起して 74 条 1 項 2 号により保存登記を行うのは、最高裁の示唆する方法を経た場合でも困難である。行政訴訟において判断される登記官の処分の違法の問題と所有権確認訴訟における実体権の問題は、理論的には別個のものとして考える余地はあろう。しかしその場合も誰が被告適格者となるかという問題を解決しなければならない。

一つの解決法は判例【2-2】でも言及されているような、占有者が取得時効の要件を充足する場合に限り、例外的に、当該土地を無主であると擬制して、民法 239 条 2 項により、国の所有と認定し、これにより国に被告適格を認め、かつ、確認の利益を肯定するというものである。人事訴訟における検察官の

(21) 本判例を登載する判例タイムズ 1354 号 94 頁コメントにおいて、この点は言及されているが、その立場は必ずしも明らかではない。同 96 頁参照。

役割と類似しているが、本件のような訴訟で想定されている方法ではなく、立法論としてはともかく、法解釈によって容認することは躊躇せざるを得ない。

5 むすびにかえて

以上のように、無主の土地であると積極的に認定できる場合は別として、所有者不明の土地を時効取得したとして国に対する所有権確認訴訟を提起したとしても、これに訴えの利益を認めるのは、少なくとも二当事者対立構造を前提とする限り難しいといえる。最高裁は登記実務に立脚した解決の方法を示唆した。それでもなお、確定判決により登記を得るという利益は考慮されるべきである。本稿では、具体的な方法を提示するには至らなかったが、通常の民事訴訟によるべきなのか、登記事務にかかわる行政訴訟として考えるべきなのか、あるいは、他の方法が考えられるのか、多様な方法があると思われる。訴えの利益という観点からは、立法論も視野に入れた検討が今後とも必要である。

東日本大震災後、所有者あるいは相続人が不明な土地の存在が、復旧・復興の妨げとなっているという指摘がされており、政府は、民法の相続財産管理制度・不在者財産管理制度を活用する方針であることを発表している⁽²²⁾。復旧・復興の迅速化のための対策であるが、いずれは、震災対応の枠組みを超えて検討しなければならない課題でもある。これらの土地に関する問題は、本稿の関心とは必ずしも一致しないものであり、今回の対策が本稿の問題のすべてを解決するものでない。しかし、所有者不明の土地の存在への対処が

(22) 「土地の所有者が所在不明等の場合の用地取得の迅速化への協力について（依頼）」

法務省民二第 212 号（平成 25 年 3 月 8 日）他がある。報道では「所有者不明の土地取得、期間短縮策を発表 民法を活用」朝日新聞 2013 年 4 月 9 日、他。

重要なものであることを示唆している。

本稿の論点は、実体法、手続法、登記実務など多岐にわたるものであるが、今回は、必ずしも十分な分析をすることができなかった。詳細は、改めて論じることとしたい。