

## 公有水面埋立法に基づく埋立免許を受けて埋立工事が完成した後竣功認可がされていない埋立地が私法上所有権の客体になる場合

七戸, 克彦  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://hdl.handle.net/2324/6301>

---

出版情報 : 判例評論. 574, pp.189-201, 2006-12. 判例時報社  
バージョン :  
権利関係 :



## 九二

公有水面埋立法に基づく埋立  
免許を受けて埋立工事が完成  
した後竣功認可がされていない  
埋立地が私法上所有権の客  
体になる場合

九州大学  
教授 七戸克彦

土地所有権確認請求事件、最高裁判一五(一)九八  
〇号、平一七・一六二小法廷判決、上告棄却、判  
例時報一九二二号五三頁、民集五九卷一〇号二九  
三一頁

【事実】判旨が「原審が適法に確定するところ」と

して述べる事実関係をそのまま転記すれば、以下の通りである。(1)Aは、昭和五年九月三〇日、本件各埋立地(「二箇所」が存在する場所を含む海面六〇〇〇坪について、大分県知事から旧埋立法(「昭和四八年法律第八四号」による改正前の公有水面埋立法)二条に基づく埋立免許を受け、遅くとも昭和三年九月ころまでは埋立工事を完成し、本件各埋立地は陸地となつたが、竣功認可がされることなく同免許は失効した。(2)Xの祖父であるBは、同月ころ、Aから本件各埋立地を代金二万円で買い受けてその引渡しを受け、販売用の松を植樹するなどして本件各埋立地の占有を開始した。(3)Bは、昭和四五年一月二七日に死亡し、Xの父であるCが相続により本件各埋立地の占有を取得して、平成七年一月二日に死亡するまでその占有を継続した。(4)本件各埋立地の西側に隣接する一帯の土地も昭和三〇年ころに海面が埋め立てられたものであったが、これらの土地については、昭和四八年から昭和四九年にかけて、旧埋立法三六条二項(昭和四八年法律第八四号により削除された。)に基づく埋立ての追認申請がされ、大分県知事によりこれが認可されて、その後土地の表示に関する登記がされた。(5)本件各埋立地についてこれまで原状回復が求められたとの事情はうかがえない。

本件訴訟は、X(原告・被控訴人・被上告人)が、

国であるY(被告・控訴人・上告人)に対し、Xの父Cが昭和四五年一月二七日から二〇年間本件各埋立地の占有を継続したことにより本件各埋立地の所有権を時効取得し、Xがこれを相続により取得したと主張して、本件各埋立地の所有権の確認を請求した事案である。

第一審(大分地佐伯支判平成一五年三月一二日民集五九卷一〇号二九四七頁、第二審(福岡高宮崎支判平成一五年九月九日民集五九卷一〇号二九五六頁)とも、Xの請求を認容したため、国Yが上告。

【判旨】 上告棄却。

「(1) 海は、特定人による独占的排他的支配の許されないものであり、現行法上、海水に覆われたままの状態である一定範囲を区画してこれを私人の所有に帰属させるという制度は採用されていなければ、海水に覆われたままの状態においては、私法上所有権の客体となる土地に当たらない(最高裁昭和五五年(一)第一四七号同六一年一月一六日第三小法廷判決・民集四〇巻七号一三三六頁参照)。また、海面を埋め立てるために土砂が投入されて埋立地が造成されても、原則として、埋立権者が竣功認可を受けて当該埋立地の所有権を取得するまでは、その土砂は、海面下の地盤に付合するものではなく、公有水面埋立法三五条一項に定める原状回復義務の対象となり得るものである(最高裁昭和四四年(一)第七三六号同五七年六月一七日第一小法廷判決・民集三六巻五号八二四頁参照)。これらのことからすれば、海面の埋立工事が完成して陸地が形成されても、同項に定める原状回復義務の対象となり得る限りは、海面下の地盤の上に独立した動産たる土砂が置かれていないにすぎないから、この時点ではいまだ当該埋立地は私法上所有権の客体となる土地に当たらないというべきである。」

(2) 公有水面埋立法三五条一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、その上に他人の平穩かつ公然の占有が継続したが、そのため事実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。したがって、竣功未認可埋立地であっても、上記の場合には、当該埋立地は、もはや公有水面に還元されることがなく私法上所有権の客体となる土地として存続することが確定し、同時に、黙示的に公用が廃止されたものとして、取得時効の対象となるというべきである(最高裁昭和五一年(一)第四六号、同年一月二四日第二小法廷判決・民集三〇巻二一〇四頁参照)。

3 ……(「上記【事実】(1)」(5)の事実によれば、本件各埋立地は、Cが占有を開始した昭和四五年一月二七日の時点までには、公共用財産としての形態、機能を完全に喪失し、Bによる平穩かつ公然の占有が継続したが、そのために事実上公の目的が害されることもなく、もはやこれを公共用財産として維持すべき理由がなくなつていたということが出来る。そうすると、Cが占有を開始した上記の時点においては、本件各埋立地は、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し、同時に、黙示的に公用が廃止されたものとして、取得時効の対象となるものと解すべきである。これと同旨の見解に立つて本件各埋立地に対するCの取得時効の成立を肯定した原審の判断は、正当として認することが出来る。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。」

【評釈】判旨の結論には賛成。ただし、結論に至るまでの法律構成については、いくつかの疑問点がある。

## 一 問題の所在

公有水面（「河、海、湖、沼、河川、他ノ公共ノ用ニ供スル水流又ハ水面ニシテ國ノ所有ニ属スルモノ」をいう。埋立法一条一）を埋め立てようとする者は、都道府県知事（以下同様）の免許を受けることを要し（二条一）、埋立の免許を受けた者（請字上「埋立権」）は、埋立に関する工事が竣功したときは、遅滞なく都道府県知事に竣功認可を申請し（同法二）、都道府県知事の竣功認可の告示（同法二）の日において埋立地の所有権を取得する（同法二項本文。なお、埋立法において「竣功認可」とは、埋立の段階で所有権を取得するものとされている）。

しかし、(一) 免許条件により埋立に関する工事の実施設計認可の申請を要する場合において、申請に対して不認可の処分があるかまたは申請がなかった場合（埋立法三項一）、および、(二) 竣功予定期間（同法三）内に埋立工事の着手または竣功がなされなかった場合（同法三）には、埋立の免許は失効し、免許失効者は公有水面を原状に回復する義務を負う（同法三項本文）。ただし、都道府県知事は、原状回復の必要がないか原状回復が不能と認めたものについては、原状回復義務を免除することができ（同法三項二）、この場合には、投入された土砂その他の物件を無償で国に帰属させることができる（同法三項三）。一方、(三) 埋立の免許を受けないで埋立工事をした者については、都道府県知事は、工作物の改築・除却、損害防止施設の設定、原状回復を命ずることができ（同法三項四）、また、上記(一) 免許失効の場合と同様、原状回復を免除して土砂等を無償で国に帰属させることができる（同法三項五）。

なお、上記(一)のうち(二)の失効事由——埋立法三項一、二にいう「工事ノ竣功ヲ為サルトキ」とは、事実上埋立工事が竣功しない場合だけを意味し、期間内に竣功認可を申請しない場合を含まないとするのが実務上の処理であり（昭和三十三年三月六日佐賀県土木部長宛水政課長回答。本原では埋立の免許（又は追認）をうけてから、所定の手続をしないが未完結となつてゐる事例が多く、この取扱について、事実上は指定期間内に竣功しているものまで、免許（又は追認）の効力消滅として国に引継ぐよう取扱うのは、酷にすぎないと思つてゐる」との照会に対する回答。建設省河川局水政課（監修））建設

省埋立行政研究会（編者「公有水面埋立実務ハンドブック」）、「（三）竣功認可の不申請（これを「未申請」と表現しても同じである）」の場合に、都道府県知事が、同法三項二の監督処分権を行使して、免許を取り消す余地はあるものの、免許が当然に失効することはない。本件第一審および原審も、埋立の免許が失効した旨を明言していない（唯一、原審は、もとよりA外一名が正式に免許を受けて埋立を開始したもので、少なくとも免許がされた時点では、将来、免許が失効することなく埋立が完了し、竣功認可がされることも予定され）。にもかかわらず、最高裁が「原審が適法に確定するところによれば、(1)……遅くとも昭和三十三年九月ころまでには本件各土地は陸地となつたが、竣功認可がされることなく同免許は失効した」と述べているのは、適切とは思われない。第一審・原審の認定によれば、本件Aの昭和二十五年の免許出願時において定められた竣功期間は二年以内とされていたから、右竣功期間の存在を明示して、昭和二十七年の竣功期限徒過を根拠に失効を認定するのならともかく、上記判旨のような説示の仕方では埋立免許の失効を導くことはできない。なお、本件Xの祖父Bは、右埋立権者Aから本件竣功未認可埋立地を「代金三二万円で買い受け」た者であり、この売買の法的性質をどう見るかについては、後述する竣功未認可埋立地の所有権との関係で問題とはなるが、しかし、その占有・使用は、埋立法三項三により埋立権者Aに認められた未竣功埋立地の使用権の範囲に属すると解されるので、この点との関係でも、Aの埋立権が否定されることはあり得ない。

一方、(二) 無免許埋立には、①当初より出願意思のない埋立のほかに、②出願前ないし免許取得前の埋立、③埋立区域を越えて行つた埋立、さらには、④土砂等の不法投棄の結果として事実上生じた埋立等、種々のケースが存在する（前掲「公有水面埋立実務」、昭和四十八年改正前の旧埋立法三六条には、これら無免許埋立を行つた者の出願に基づき（同法三項三による埋立の適用）埋立の追認の制

度が存在していた（同条旧））。ただし、この制度が、上記(一) 免許失効の場合にも適用があるかについては争いがあらず、適用否定説に立つ実務（昭和一〇年二月鹿児島県土木部長宛内務省港湾課長回答。この見解に立つときは、新たに埋立の免許を申請することになる）に対して、学説中には適用肯定説も存在したため（山口真弘「住田正一」『公有水面埋立法』以下）、適用肯定説に立つた場合には、もし仮に最高裁が述べるように免許が失効していたとしても、埋立権者が追認により埋立地の所有権を取得する余地はあつた。しかしながら、本件における埋立権者はAであつて、Xの先代Bは、Aから本件竣功未認可埋立地を「買い受け」た者にすぎない。

なお、この(二) 無免許埋立に関しては、請字上「無願埋立」という用語が用いられているが、しかし、この用語は、前示(一) 免許失効と(二) 無免許埋立の両者を含む意味で（さらには免許取消し——この場合には適法的に(二) 無免許の埋立となる——をも含めた意味で）用いられることも多い。のみならず、この用語は、本件のような(三) 竣功未認可（未申請）の場合も含めた意味で用いられることすらある。しかしながら、上記のように、(三) においては、免許出願はなされてゐるのであり、また、上記のように、単に竣功認可未申請ないし未認可の状態では免許が当然に失効せず、その結果、(一) に関して適用される埋立土砂等の国への無償帰属を定めた埋立法三項五の規定が(三) に関しては適用されない以上、(三) を指して「無願埋立」と呼ぶのは不適切である。

にもかかわらず、最高裁は、原審判断にはない(一) 免許失効を論じ、本件事案に埋立法三項五を適用して、次のような論理によつて、Xの本件各埋立地に関する時効取得の主張を認めた。「(一) 同項(二) 埋立法三項一」に定める原状回復義務の対象となり得る限りは、海面下の地盤の上に独立した動産たる土砂が置かれてゐるにすぎないから、この時点ではいまだ当該埋立地は私法上所有権の客体となる土地に当たらない（(二) 判旨）。

「埋立地が……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。したがって、竣功未認  
可埋立地であっても、上記の場合には、当該埋立地は、  
もはや公有水面に還元されることなく私法上所有権の客  
体となる土地として存続することが確定し、同時に、黙  
示的に公用が廃止されたものとして、取得時効の対象と  
なる」(判旨)。

このうちの判旨(Ⅰ)では、(1)明治期になされた干潟  
の払下げの効力が争われた最(三小)判昭和六年一二  
月一六日(後掲【18】)と、(2)付合による埋立土砂の所有  
権の帰属が争われた最(一小)判昭和五七年六月一七日  
(後掲【37】)が、また、判旨(Ⅱ)では、(3)時効による  
所有権取得が争われた最(二小)判昭和五一年一二月二  
四日(後掲【84】)が引用されている。以下、これらの引  
用判例の論点に即して検討を加える。

## 二 払下げ海面の「土地」性

まず、上記引用判例のうちの(1)は、海面下の土地に対  
する私人の所有権の成立が争われている三つの類型――

- ①自然海没地(浸食・地盤沈下等)、②人工海面(人工海  
没地)(埋込港灣・養殖池・貯木場等の建  
設により海水を引き込まれた土地)、③払下げ海面  
(旧幕時代および明治時代に海面のうちの最後のもの(③)  
の状態を払い下げられた土地)のうちの最後のもの(③)  
である(「これら①②③の論点に関する詳細については、資金敏明  
」(きようせい、二〇〇三年一七六頁以下のほか、七戸「海面下  
の土地所有権に関する最近の裁判例について」(中)「日本エネルギ  
法研究所月報」一六三号(二〇〇三年)一頁、一六五号(二  
〇〇三年)一頁、一六六号(二〇〇四年)一頁参照)。

## (1) 行政解釈

法務省の不動産登記実務は、水没地一般につき滅失登  
記の手続をとっており、この点を捉えて、登記実務では  
(a)海面下の土地の「不動産」性ないし「土地」性を否定  
しているといわれる。もっとも、①自然海没地に関して  
は、その海没の状態が一時的なものと認定される場合に  
限って例外的に私的所有権は消滅せず、不動産ないし土

地としての登記能力を有するとされている(吉野衛「注釈  
総論(新版)」(金融財政事情研究会、一九八二年四〇頁以下、  
有馬厚彦「詳論不動産登記総論」(金融財政事情研究会、二〇〇  
二年九)。これに対して、財務省ならびに国土交通省に  
おいては、海を国有財産法上の公共用財産として取り扱  
い、海面および海底の使用に関しては、国有財産法に基  
づく行政財産の使用許可を受けるべきものとされており  
(建設省財政管理研究会(編)「公共用財産管理の手引」(いづゆる  
法定外公共物――(第二次改訂版)「きようせい」一九九五年九  
頁、建設省財産管理研究会(編)「地方分権改革推進会議」の  
令と法定外公共物「きようせい」一九九九年二九頁)、この  
点を捉えて、学説は、(b)海面下の土地に關しても「土  
地」性を肯定する見解に立っているものと理解してい  
る。

ただ、これら不動産登記法あるいは国有財産法上の処  
理を、条文の適用領域を越えて推及し、海面下の土地の  
所有権に関する(a)否定説・(b)肯定説という一般原則に數  
衍することができるのかについては、疑問が残る。

## (2) 判例

一方、初期の判例において現れた事案は、上記類型中  
の①自然海没地と③払下げ水面であったが、これらに対  
して私人の所有権を否定する結論をとる判例は、その理  
由づけの際に、(a)海ないし海面下の土地は公共物であ  
って私法上の所有権の客体たる性質(「不動産」性・「土  
地」性)を有していない、との一般論を説示することが  
多かった。他方、私人の所有権を肯定する判例において  
は、右一般論に關しても、(b)海といえども、支配可能性  
と支配価値がある限り、一般の物と同様、私的所有権の  
客体となり得るとの立論を行う。この点に關する判例  
を、年代順に列挙すれば、以下の通りである。

- 【1】東京地判大正三年一〇月九日法律新聞九一九号二三  
頁(定説に立つて、所有権を肯定)。  
【2】釜山地方法院判大正三年一二月三日法律新聞九八八  
号二四頁(「(4)原審。①自然海没地……「土地」  
性否定説に立つて、所有権を否定」)  
【3】大判大正四年一二月二八日民録二二輯二二七四頁

- (③払下げ海面……「土地」性否  
定説に立つて、所有権を否定)  
【4】朝鮮高等法院判大正五年五月九日朝鮮高等法院判決  
録五卷一五二頁・朝鮮高等法院判例一卷民事二七  
七頁(「(2)上告審。①自然海没地……「土  
地」性否定説に立つて、所有権を肯定」)  
【5】大阪控判大正七年二月二〇日法律新聞一三九八号二  
四頁(定説に立つて、所有権を否定)。  
【6】東京地判昭和三年三月三〇日下民集一四卷三三五  
二二頁(羽田空港訴訟第一審判決。①自然海没地の所有権の  
「土地」性肯定説に立つて、所有権を肯定)  
【7】神戸地判昭和三年六月四日訟務月報一一卷四号五  
六五頁(法を引用しつつ所有権を否定)  
【8】鹿児島地判昭和五年三月三十一日判時八六一号一二  
頁(存続を一般論として肯定するも本件事案については否定)  
【9】名古屋地判昭和五年四月二八日行裁集二七卷四号  
六四三頁・訟務月報二二卷五号一一七二頁(訴訟第一審  
判決。【14】「(18)第一審。③払下げ海面……  
「土地」性肯定説に立つて、所有権を肯定」)  
【10】名古屋地判昭和五年四月二八日判タ三三七号一三  
二頁(「……「土地」性肯定説に立つて、所有権を肯定」)  
【11】東京高判昭和五年七月一二日訟務月報二二卷九号  
二二七一頁(訴訟。③払下げ海面……所有権を肯定)  
【12】最(一小)判昭和五年二月一二日訟務月報二二卷  
一四二頁・判時八七八号六五頁・判タ三六〇号一  
四二頁(吉審。③払下げ海面……所有権を肯定)  
【13】福岡高判昭和五四年一二月三日高民集三三卷三二  
五〇頁・家裁月報三二卷八八三頁(「①自然海没地……  
有権を肯定」)  
【14】名古屋高判昭和五五年八月二九日高民集三三卷三三  
一七六頁・行裁集三一卷八号一六七八頁(訟務訴訟審判  
決。【9】「(18)控訴審。③払下げ海面……  
「土地」性肯定説に立つて、所有権を肯定」)  
【15】東京地判昭和五七年三月二九日行裁集三三卷三三三  
六〇頁・訟務月報二八卷六号一一九五頁(羽田空港訴訟  
【6】「(11)「(12)の関連事件。③払下げ海面」  
……「土地」性否定説に立つて、所有権を否定」)  
【16】東京高判昭和五七年九月二二日行裁集三四卷九号一  
六一五頁(件)【15】控訴審。羽田空港訴訟【6】「(12)の関連事  
件」③払下げ海面……所有権を肯定)



も、海水については私権の客体とならないが、海面下の土地については私権の客体となるとの結論が導かれそうなのである。ところが、今日の学説においては、このような形で現行河川法の規定を海に推及させることはせず、かえって、現行河川法二条二項のような規定がないことが、海面下の土地が私的所有権の客体とならないことの根拠とされており、その結果、本件Yも、上告受理申立て理由「第2」「5」において、海面下の土地に私的所有権が認められない根拠として、旧河川法・現行河川法の上記規定を、類推解釈とも反対解釈ともつかぬ形で援用している。

このようにして河川法の規定から類推解釈と反対解釈の双方が導かれている例からも知られるように、ある特定の法規を、その適用領域以外に推及させ、一般命題を定立することは不可能であり、海面下の土地が所有権の客体たる性質を有するか否かの判断は、海に関する法制度全体を網羅的に観察しつつ、個々の争点との間で具体的に決定されるべきものである。にもかかわらず、今日における議論は、公有水面の人工的埋立に關してのみ適用される公有水面埋立法の規定を、同法の適用のない事案にも推及させ、海面下の土地に關する一般原則を定立しようとしており、それは、次に見る埋立土砂の所有権の帰属に關する議論において顕著である。

### 三 埋立土砂の所有権の帰属

公有水面の埋立に關して、(一)免許失効や(二)無免許埋立があつた場合、土砂の所有権は誰に帰属するのか。あるいは、(三)免許に基づく埋立の場合にも、公有水面が陸地化していない段階、陸地化した後竣工未認可の段階、竣工認可を受けた段階で、結論は異なるか。

#### (1) 行政解釈

右の論点に關して、昭和三年七月四日法制局一発第二六号港灣局長宛法制局第一部長回答は、(一)免許失効ならびに(二)無免許埋立の場合の埋立土砂の所有権の帰属につき、公有水面埋立法三五条二条が、原状回復義務の免

除の効果として「土砂其ノ他ノ物件ヲ無償ニテ国ノ所有ニ属セシムルコトヲ得」と規定していることの反対解釈から、「その(原状回復)義務を免除しない限り、(土砂等の物件を)国の所有に属させることができないのは明文上疑いがないから、右の物件が国の所有に属しないものと解すべきは当然である」とする。

なお、同項の「無償ニテ国ノ所有ニ属セシムルコトヲ得」との表現は、有償でも無償でもよいことを意味しているが、ただし、「海上に露出していなければ単なる土砂の付着であるので、有償ということとは考えられない」(前掲「公有水面埋立実務」二四頁)とされているのは、いまだ陸地化していない段階では、投入された土砂もまた「所有権」性を喪失すると解する趣旨であろうか。

#### (2) 判例

一方、判例においては、戦前には、埋立工事の注文者と請負人の間での材料たる埋立土砂をめぐる紛争事例【32】大判昭和三年七月九日法律新聞二九〇二号九頁・法律評論一八巻民法五五六頁、【33】大判昭和九年五月二二日民集一三巻一〇五一頁が存在したが、判旨は、土砂の所有権の帰属問題には直接応えていない。

だが、戦後、まず次のような判例が現れる。

【34】名古屋高判昭和三年五月二二日高民集一三巻一〇号八八四頁(上告審) (本件評釈)原島重義・民商法雑誌四五巻三三〇号(一九六一年一一頁)

事案は、無免許で埋立を行った者が、埋立地の崩下を受けけた者に対して、所有権確認ならびに移転登記を請求したもので、判旨は、「(一)「公有水面(地盤を含む)は国有地であるから」、付合の規定を適用しうるとし、また、(二)埋立法三五条二項の規定は、民法の付合の規定を排除する趣旨ではなく、土砂等を「無償ニテ」国の所有に帰属させるところに意味があるとした。

そして、右判決の後に、本判決の引用する【37】最(一小)判昭和五十七年六月一七日の事案が登場する。

【35】津地判昭和四十五年六月一日下民集二一巻五十六号

#### 七八一頁

事案は、Aから埋立権の譲渡を受けたBが、工事未完成のまま埋立を中断し、埋立権ならびに投入土砂等を債権の代物弁済としてCに譲渡し、CはさらにこれをXに譲渡したが、B、C、CのXの埋立権の譲渡は無許可である一方、竣工期限経過によりBの埋立免許が失効したため、Yが新たに埋立免許を得て埋立工事を完成し竣工認可を受け、埋立地をDおよびEに売却したところ、Xが、Yに対し、本件土砂が自己の所有に属するとして、損害賠償ないし不当利得の返還を請求したものであるが、第一審判決【35】は、「Bが投入した本件土砂の所有権は……民法(二四二条ただし書)上からもまた埋立法(三五条二項)上からも……附合によりこれが国に帰したとはいえず依然Bがその所有を有する」としたうえで、本件土砂区域が事実上陸地を形成していたとしても民法一九二条の対象たる動産と評価できるとして、Eの即時取得を理由に、Xの請求を退けた。

【36】名古屋高判昭和四十四年二月二八日下民集三〇巻一〇四号一〇三頁(本件評釈)新田敏・判例評論二五三三(判論集一五巻三三〇号(一九八三年)七二頁)

これに対して、控訴審判決【36】は、「公有水面はもとよりその地盤も国の所有に属するものであるところ、埋立のため右地盤に土砂を投入したときは、該土砂は、量の多少にかかわらず、不動産たる地盤の従としてこれに付合した物といふべく、かつ、それは地盤の構成部分となつて独立の権利の対象となりえないものといわなければならないので、民法二四二条本文により右土砂は投入とともに地盤所有者たる国の所有に帰し、同条但書適用の余地はない」との理由で、Xの控訴を棄却した。

【37】最(一小)判昭和五十七年六月一七日民集三六巻五五八二四頁(本件評釈)淺生重機①・ジュリスト七五号(一九八三年)二六頁、淺生重機②・季刊実務民事法二四(昭和五十七年度)「法曹会」一九八七年(二七事件)四六〇頁、水辺芳郎・ジュリスト七五号(一九八二年)一三頁、四部泰隆・法学教室二五号(一九八二年)一七頁、林修三・時の法令一

一五九号(一九八二年)四四頁、豫田黨・判例タイムズ四八四号(一九八二年)二七頁、佐藤和寿・地方自治四二六号(一九八三年)二二九頁、水本浩一・澤野順彦・民商法雑誌八八巻四号(一九八三年)六七(四九一)頁、甲斐道太郎①・昭和五十七年度民事主要判例解説②・判例評論三〇六号(判例時報一九八三年)七頁、甲斐道太郎②・判例評論三〇六号(判例時報一九八三年)七頁、八九年一三(一九九〇)頁、米倉明・法学協会雑誌一〇六巻一(一九八九年)一三二頁、成田鶴明・街づくり・国づくり判例百選(別冊ジュリスト一九八九年)一九六頁。

上記のように、第一審・第二審が、民法の付合の規定の適用を肯定していたのに対して(第一審と第二審の違い書の適用可)、最高裁は、「土砂は、その投入によっ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并完成し竣功認可を受けたときに、公有水面埋立法二四条の規定により埋立地の所有権を取得するのに伴い、民法二四二条の不動産の附合の規定によって直接右の土砂の所有権をも取得するまでは、独立した動産としての存在を失わない」とした。

そして、右[37]判決の立場は、次の下級審判例に承継されている。

【38】徳島地判平成七年三月三〇日訟務月報四二巻二二二号二八一九頁(無免許埋立の事案につき、「公有水面の無願埋立の地盤に附合する」という考えもありうるが、法三六条、三五条が、このような無願埋立人に対し、投入した土砂の原状回復義務を負わせ、さらにこのような原状回復義務の免除がされた場合に限り、投入した土砂を無償で国の所有に帰属せしめることが規定されていることなどから、無願埋立人が投入した土砂は、直ちに公有水面の地盤に附合するのではなく、原状回復義務が残された動産として存続するものと解するのが相当である。そして、その後果知事が無免許埋立工事者に対する原状回復義務を免除し、埋立てにかかると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く、その時点で埋立地は公有水面に復元されたことなく土砂として存続することが確定し、同時に埋立てのため投入された土砂は公有水面の地盤に附合し、国の所有に帰するものと解するのが相当である」とする。控訴審・高松高判平成八年三月二九日判例集(民事研修 四七六号)(一九九六年 四八頁)。

なお、判例には、以上の埋立土砂の付合の事案のほか、陸地化した公有水面の隣接地への付合が問題となつた事案がある。

【39】大判明治三十七年七月八日民録一〇輯一〇六一頁(河

の敷地が私権の目的となりえない官有地である以上は、敷地の上に自然に土砂が堆積して生じた寄洲も、またその官有地に附属すべきであるから、たゞその寄洲が民有地に接して生じたことと付加した形跡があつても、民法の付合の規定を適用すべきではないとする)。

【40】横浜地決昭和四四年七月三日LEX-IDB判例ID 25481174(「景による隣接河川の土砂の埋立に附合」により面積が増殖した「寄洲」を認定する)。

【41】東京地判昭和五六年七月二三日判タ四六五号一三四頁(関東大震災による自然隆起海面につき「土地」性を肯定。所は、隣接地への付合は否定されている)。

これらは、前記①自然海没地・②人工海没地・③私下げ海面との対比でいえば、①の反対の現象である。さらに、【39】【40】に関しては、本判决引用の【37】判決などと同様、動産である土砂の付合も問題となってくるが、このうちの【39】【41】は、陸地化した水面については当然に所有権の客体たる性質(「不動産」性・「土地」性)を有すると解している点において、【37】判決と本判決と相違する。また、右陸地化した「不動産」の所有権の帰属に關して、【39】【41】は隣接地への付合を否定し、さらに【39】は、国の所有である旨を明言する。これに対して、河川に關して付合による隣接地の面積の増加を認める【40】の処理は、登記実務の立場に従つたものであるが(昭和三六年六月六日民事第三四五九号民事部第三課長(電報回答「寄洲」はその附合した土地の一部である)・河川敷地は私権の対象になるとする現行河川法の下では、右増加した区域は、すでに何人かが所有権を有する「土地」であるから、右の処理は、不動産の不動産への付合を認めるものといふことになり、不動産に付合するのは動産に限られるとし、その具体例として寄洲を挙げる通説的見解(「注釈民法(物権巻)(有斐閣、一九九〇)と相違する。六八頁、二八四頁(五十嵐清)など)と相違する。

### (3) 学説

一方、学説は、海に關する自然隆起地ないし自然埋立地の事例に關しては、上記民法二四二条に關する一般理論の帰結に反して、【39】【41】判決と同じく付合否定説に立ち、陸地化した部分は無主の「不動産」であつて、民法二四二条二項が適用され、国の所有となると解している(幾代通判・徳本伸一「不動産登記法(第四版)」(有斐閣、一九九四年)三四九頁注①、有馬・前掲書「六頁」など)。ところが、本判决引用の【37】判決の事案になるや、学

説は、一転して、(i)付合肯定説・(ii)付合否定説に分かれて対立するようになる。これは、第一に、公有水面の中でも海に關しては、上記のように、海面下の土地が私的所有権の客体となるかにつき(a)否定説・(b)肯定説の対立が存すること、第二に、人工的な埋立に対しては、これに對して厳格な規制を加える公有水面埋立法が存在していることに起因する。

### (i) 付合規定適用肯定説

海面下の土地に關する(b)「不動産」性肯定説は、支配可能性のある海域を、公共用財産たる国の所有「不動産」と解する結果、埋立法二四二条の竣功認可による埋立権者の所有権取得効果を、国から埋立権者への承継取得と理解する。他方、埋立土砂の所有権に關しては、海面下の土地も民法二四二条の「不動産」要件を満たすことから、同条適用の結果、(一)免許失効後あるいは(二)無免許埋立により投入された土砂に關しては、同条本文が適用されて地盤に付合するが、(三)埋立免許を受けた者が投入した土砂に關しては、埋立権が二四二条ただし書の「権原」となるため、土砂は地盤に付合せず、独立した動産として存在することとなる(江波・「3736」評釈七九頁以下、水辺・「3736」評釈一六頁)。

ただし、学説の中には、海面下の土地の(a)「不動産」性否定説に立ちながらも、(三)埋立権に基づき投入された土砂に關して民法二四二条ただし書を「類推適用」する見解もある(新田・「36」評釈二七頁)。この見解に立つときには、付合以外の条文に關しては、海面下の土地につき、私法規定の適用が否定されることになるが、同説の発想は、海に關しては、原則的に公法秩序が私法秩序に優先し、したがって公法秩序と抵触する限りで私法規定は排除されると解する点において、次述(ii)付合規定の適用否定説と、基本的部分では通底する。

### (ii) 付合規定適用否定説

これに對して、民法の付合に關する規定の適用可能性を否定する見解は、公有水面埋立法の求める公法的要請が、私法秩序のうち、付合に關する規定との関係でも優

先すると解する。

その結果、同説は、埋立土砂の所有権の帰属に関しては、(一)免許失効ならびに(二)無免許埋立の場合には、埋立法三五条二項の効果として、また、(三)埋立権に基づく埋立の場合には、埋立法二四二条の竣功認可の効果として、国または埋立権者が土砂を取得するのであって、右公法規定により、民法の付合に関する規定の適用が排除される以上、本判決が引用する【37】判決(なお【38】が述べらるるように、竣功認可時に「民法二四二条の不動産の附合の規定によつて」埋立権者が土砂の所有権を取得するものではないと説く(原島・【34】評釈三九三頁、木本・【37】評釈七三頁、山田・【37】評釈二一四頁、米倉・【37】評釈四三三頁、山口・【37】評釈九四頁以下、三〇九頁以下、三本木健治「河川の管理」現代行政法体系九(公務員・公物)(有斐閣一九八四年)三九〇頁も同旨)。

#### (4) 検討

右のような学説の対立状況から知られるように、海面下の土地ないし竣功未認可埋立地の「不動産」性に関する(a)否定説・(b)肯定説の対立と、土砂の所有権に関する付合規定の(i)適用肯定説・(ii)適用否定説の対立は、必ずしも運動関係にはない。

一方、学説の議論の発端になった【34】判決は、無免許埋立を行った者が、投入土砂の所有権を根拠に、埋立の追認を請求する権利を有する旨を主張した事案であつて、かかる請求自体、そもそも理由のないものである。他方、本判決の引用する【37】判決の事件名は土砂返還請求事件であるが、当事者が求めているのは、土砂の投入その他埋立工事に費やした費用の補償であつて、当事者は土砂そのものの返還をまったく考えていない。さらに、【38】判決もまた、本判決と同様、埋立地の所有権が争われた事案であつて、やはり、当事者は、埋立土砂の

返還を求めている。要するに、判例に現れた事案において、当事者が欲しているのは、①埋立地の所有権や、それが得られなかった場合の②埋立工事費用の補償なのであつて、③埋立土砂の返還請求は、およそ想定されていない。さらに、④免許失効・無免許埋立の場合の原状回復義務(項本文・三六条)に関しても、「凌濫」という行為がありうる以上、その土砂を元に戻すことは不可能ではないが、原状回復は無駄に費用がかかり、技術的にも困難なことが通例である。原状回復義務を免除するのが普通である」といわれる(前掲「公有水面埋立実務」)。

しかも、これら判例で問題となつてゐる①②の論点を判断する際に、前提問題として埋立土砂の所有権の帰属を決定しなければならない必然性は、そもそも存在していない。このうち、①海面下の土地の所有権の問題が、埋立土砂の所有権の所在と論理的結合関係に立っていないことに關しては、上記学説の対立から明らかなとおりである。一方、②補償問題に關しても、ため池の堤塘に植栽された樹木等につき付合の有無の問題とせず、かつ、その除去につき憲法二九条三項に基づく損失補償を要しない旨を判示した【42】奈良県ため池条例事件判決(最(大)判昭和三八年六月二)からも知られるように、国と私人との間の紛争において、補償の問題が生ずるか否かは、もっぱら当該行為を規律する法規範の制度趣旨ないし公益的要請の強度により定まるものであつて、②補償の論点にとつて、埋立土砂の付合の有無ないし所有権の所在は、有り体にいえば、どうでもよい事柄である。上記【37】判決の事案に關する(ii)付合規定適用否定説もまた、その本質部分は、補償問題に關しては、付合その他の規定により規律される所有権の帰属秩序とは無関係に決定されるとの主張に他ならない(原島・【34】評釈三九二四頁は、憲法二九条三項の正当な補償を付すべきとする。一方、私人間において土砂の補償が争われた場合に、付合規定の適用を論ずることの意味は、不当利得の規定を直接適用するか、それとも付合の償金請求に關する規定(民法二四八条)經由で適用するだけの違いしかもない)。

さらにいえば、埋立土砂の所有権の所在ないし付合の

有無は、③土砂の返還請求や、④公有水面の原状回復との関係においてすら、決定的な要素とはならない。もつとも、この点に關する判例の立場は微妙である。

【43】高知地判昭和三四年九月七日訟務月報五卷一〇号一四二九頁(鉱業権者が不法に採掘され埋立・石垣等に使用された物は土地に付合しているから、損害賠償を請求するもの)もかく、所有権に基づく返還請求は失当と主張した事案)

【44】大津地決昭和四三年二月一九日訟務月報一四卷四号三八六頁(河川を流下し堆積した無主物たる砂利が国の所有物たる所有に属するとの理由で、無許可で砂利を採取した者に対する河川管理者の原状回復請求を認容)

【45】東京地判平成二年三月二十九日判例地方自治二二二七号七七頁(土地に埋設された排水管が土地に付合しており、したがって土地の買主の所有権を侵害していないとの理由から、買主の埋設者に対する損害賠償請求を否定した事案)

【46】さいたま地判平成二年八月一日LEX-DB文獻番号27253463(人が埋めた産業廃棄物が、譲渡地の所有権を侵害した)ことを理由とする撤去費用の賠償を請求したのに対して、譲渡人が「本件廃棄物は……本件土地に付合したから、原告には、本件土地の所有権に基づく本件廃棄物の妨害排除請求権はなく……」と主張した事案につき「本件廃棄物についての所有権の帰属は、不法行為責任の成否とは直接関係しない」として、原告の請求を認容)

【47】鳥取地判平成一年九月七日判時一八八八号一六二六頁(ウラン残土撤去土地明渡等請求事件。原告の土地所有権に基いて撤去義務がないとする被告の主張を結論的に肯定)

これらの裁判例のうち、まず、【44】に關していえば、河川管理者としては、ただ単に河川法の趣旨および当該砂利が公共用物であることを根拠として、公物管理権に基づく返還を肯定すれば足り、民法上の所有権の所在を問題とする必要はない。これに對して、残り四つの裁判例は、純然たる私法関係の事案であるが、【46】が、実質的には、物権的請求権の費用負担の問題である一方、【47】は、原告がウラン残土の撤去請求を行うことを目的として土地を買い受けていた事案であり、判旨は、妨害排除につき権利濫用等も認定していることから、同判決が一般論として成り立つかは疑わしい。また、実際問題としても、廃棄物を付合するような方法で不法投棄すれば、原状回復を免脱できるというのであれば、被害者救



済が立ちゆかなくなる。なお、【43】のような事例に関しては、裁判所は、当事者に対して訴えの変更をするよう促すことによって、【46】【47】と同様、「付台させた者勝ち」の不当な結論を極力回避すべきである。

以上を要するに、およそ一般論として、①土地の所有権の帰趨に限らず、②工事費用の補償、さらには、③土砂の返還請求、④原状回復との関係でも、土砂の所有権の帰趨ないし付合の有無を論じなければならない必然性は存在していない。

また、とくに本判決の引用する【37】判決のような公有水面埋立法の適用事例に関していえば、私見は、埋立法に規定がある場合には、これと抵触する限りで付合その他の民法ないし私法規定が排除されるとする、(ii)付合規定適用否定説の立場が基本的には正当と考えるが、しかしながら、同説の具体的な主張内容は、埋立法によって規律される法律関係の範囲を踏み越えているように思われる。たとえば、土砂等の国の所有への無償帰属を定めた埋立法三五条二項に關しても、同項にいう「土砂其ノ他ノ物件」の中には、独立動産や不動産(建物)もあり得るところ、それらの所有権が国に移転した後、埋立地との間でどのような法律関係が生ずるかについては、埋立法の何ら規定するところではないといふべきである。

また、同条は、(一)免許失効および(二)無免許埋立に關する規定であつて、(三)免許に基づく埋立に關しては、何ら触れるものではないから、【37】判決のように、同条の解釈として、(三)免許に基づく埋立も含めて、「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、……独立した動産としての存在を失わない」との一般命題を定立することもまた不適切であらう。

のみならず、右引用のごとく、【37】判決は、「公有水面の地盤」は「国の所有」である旨を明言している。これは、公有水面埋立法一条一項の定める「公有水面」の定義「海……其ノ他ノ……国ノ所有ニ属スルモノ」に従

つたものであり、そして、ここにいう「国ノ所有ニ属ス」とは「官有地取扱規則第二二条ニ所謂官ニ属スト同一ナリ」とされている(大正一〇年の公有水面埋立法逐条理「ナリ」とされている(由「前掲」公有水面埋立法逐条理「ナリ」)。それゆへ、上記(ii)付合規定適用否定説の基本的な解釈姿勢に従うならば、——前示【18】判決のような公有水面埋立法の適用が問題となつていない事案において、海面下の土地所有権に關して(a)否定説・(b)肯定説のいずれをとるかかはさておき——、少なくとも本件のような公有水面埋立法が適用される事案に關しては、(b)肯定説に立たなければならぬはずである。にもかかわらず、本判決が、【18】判決のほかに【37】判決を挙示しつつ、(a)「不動産」性否定説に立つて、「いまだ当該埋立地は私法上所有権の客体となる土地に当たらない」と判示するのは、判例の引用の仕方としても、正当とは思われない。

#### 四 公物の時効取得

そして、以上に述べたような付合規定の適用の可否をめぐる解釈の筋道は、同じく民法の規定する時効取得の条文の適用可能性についても、等しく成り立つものである。すなわち、公有水面埋立法二四条が、竣功認可の告示(昭和四八年改正以前)——これは本件原審も述べるように「公用廃止の意思表示」と理解することができ——によつてはじめて埋立権者が埋立地の所有権を取得する旨を規定している趣旨は、私人の埋立行為に關して厳格な規制を加える点にあるから、かかる制度趣旨に照らして、公用廃止行為たる竣功認可がなされるまでは、私人は、いかなる取得原因をもつてしても埋立地の所有権を取得することができないものと解される。それゆへ、時効を取得原因とする権利取得を定めた民法の規定もまた、右埋立法の制度趣旨と抵触する限りで、適用が排除される。

しかしながら、右の点との関係で問題となつてくるのが、公用廃止につき、明示的であることを要するか、それとも、黙示的なものでも足りるか——公有水面埋立法

に即していえば、私法法規の適用排除の解除は、明示的公用廃止行為である竣功認可(旧埋立法においては)がされた場合に限られるのか、それとも、それ以外の事実をもつて公用廃止と認定することをも認めるか——をめぐる議論である。なお、この黙示的公用廃止の論点は、上記付合も含めた私法法規の適用可能性一般にかかわる問題であるが、従前の議論においては、私法法規の中でも、もつぱら時効取得の規定との関連で論じられてきた。

#### (1) 学説

右「公物の時効取得」の論点に關する学説には、①時効取得否定説ないし明示的公用廃止説(明示的な公用廃止になつた場合は格別、公物である以上は時効取得の対象となり得ないとする見解)、②黙示的公用廃止説(①説と同じく公物は時効取得の対象とはなり得ないとしつつも、長期間(にわたり)私人によつて公共目的以外の目的に利用され、これにより公共目的が害されていなく場合には、もはや暗黙のうち、に公用廃止がなされたとして、時効取得の対象となるとする見解)、③時効取得完全肯定説(公物たる客體を失つた場合には——②項を用いず——端的に時効取得の対象となるとする説)のほか、公物の種類に着眼し、④私的所有権の客体となる公物(道路(道路法四二条、河川法二条二項)など)については時効取得の対象となるが、私権の客体とならない公物(河川の流水(河川法二条二項)など)については、時効取得の対象とならないとする説がある(学説の詳細については、七頁以下、在原明則「公物の時効取得」行政法)。争点(第三版)(二〇〇四年)一九二頁参照)。

#### (2) 判例

一方、判例は、右「公物の時効取得」の論点につき、以下のように変遷した。

【48】大判大正八年二月二十四日民録二五輯三三六頁(里道明示的にも黙示的にも公用廃止)

【49】大判大正一〇年二月一日民録二七輯一六〇頁(官有路に立つて原判決を破棄)

【50】行判大正一四年五月一日日行録三六輯三四二頁(種雑財産たる土地(河川敷地)およびその附屬建物……時効可能性否定説)

【51】大判昭和四年四月一〇日刑集八卷一七四頁(公有水面に立つて時効取得を否定)

【52】行判昭和四年六月一〇日行録四〇輯六〇一頁(神社敷地)

- ……時効取得  
可能性否定説
- 【53】大判昭和四年二月一日民集八卷九一四頁(下水  
可能性否定説)  
……時効取得
- 【54】大判昭和五年七月四日民集九卷六四八頁(神社境内地  
止説に立つて時効取得を否定)  
……時効取得
- 【55】行判昭和七年三月一八日行録四三輯一六七頁(敷地  
可能性否定説)  
……時効取得
- 【56】大判昭和七年一〇月二六日民集二二卷二〇五一頁  
(絶家により国有物となった土地……公  
用物でない限り時効取得を妨げない)  
……時効取得
- 【57】大判昭和八年一月二五口法律新聞三六六号一  
頁・法律評論二二卷諸法一七五頁・判例彙報四五卷下  
民七二四頁(海浜……時効取得)  
……時効取得
- 【58】行判昭和一年七月九日行録四六輯五一三頁(国有  
中野……時効取得)  
……時効取得
- 【59】東京控判昭和一年九月一八日法律新聞四〇五九号  
八頁・法律評論二二卷民法九四三頁・法律新報四五三  
号一〇頁(下水敷および土揚敷……時効取得)  
……時効取得
- 【60】豊岡区判昭和一年七月七日法律新聞四七八号一  
七頁・法律評論三二卷民法三六一頁・法律新報六五八  
号一二頁(国有排水溝……時効取得)  
……時効取得
- 【61】東京高判昭和三年二月二二日下民集七卷二二二  
八頁(洪水による流路変更の結果河川流域でなくなった河  
床……明示的公用止説に立つて時効取得を否定)  
……時効取得
- 【62】福岡高宮崎支判昭和三年三月二六日訟務月報二卷  
五五五頁(堤防敷地……明示的公用止説)  
……時効取得
- 【63】青森地八戸支判昭和三年四月三〇日下民集七卷四  
号一一二〇頁(海浜地……海浜地に対しては、従つてまた民  
法取得時効に関する規定適用の余地がない)  
……時効取得
- 【64】仙台地判昭和三年一〇月一五口訟務月報五卷四号  
四八二頁(砂防造林事業の対象土地……時効取得)  
……時効取得
- 【65】東京地判昭和三年三月三十一日下民集一一卷三三六  
五二頁(御料地……国有財産法が無償で国有財産の貸付を  
認めないことから、無償の地上権の時効取得を否定)  
……時効取得
- 【66】東京地判昭和七年一月一五口下民集一三卷一一  
号二二二二頁(自然河川の一部をなす「大池」の  
敷地……時効取得可能性否定説)  
……時効取得
- 【67】福岡高判昭和三年八月三十一日行裁集一五卷八号一  
六二七頁(埋立地……「公物たる公有水面が埋立によつて不動産  
化し、占有支配の対象物となった場合には、当該公物  
は既に公物たる性格を喪失し、時効取得の対象となし得る」と主張す  
る者が、第三者に対する埋立竣功認可処分は無効確認を求めた事実  
であるが、裁判所は時効取得について判断しなかった)  
……時効取得
- 【68】盛岡地判昭和四年七月二六日訟務月報一一卷九号  
一八二頁(国立大学の演習林……時効取得)  
……時効取得
- 【69】大阪高判昭和四年九月二七日民集二〇卷七号一五  
四四頁(70)第一次控訴審。児童公園予定地……被告市  
件土地のようないわゆる予定公物を公物として取扱つて取得時効  
の適用を排除すべき合理的理由を見出しえない」として時効取得可  
能性を肯定。ただし、無過失  
要件を欠くとして結論否定)  
……時効取得
- 【70】最(二小)判昭和四年九月三〇日民集二〇卷七号  
一五三二頁(71)第一次上告審。児童公園予定地……  
はや争わず、無過失を認定  
争う。裁判所は無過失を認定)  
……時効取得
- 【71】大津地判昭和四年一月二八日民集三二卷二二二  
九六頁(なご、控訴審。大阪高判昭和四年三月一九日、上告  
審。最(一)小判昭和五年三月三〇日民集三二卷二二二九六頁、  
私人の築堤による原始取得を認めため、時効取得の論点に至  
つた)  
……時効取得
- 【72】大阪高判昭和四年五月二九日高民集二二卷三三二  
九四頁(73)第一次控訴審。児童公園予  
定地……予定公物の時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【73】京都地判昭和四年九月二五日判時五八六号七八  
頁・判タ二二八号一三五頁・金法五三〇号二四頁・金  
商一三六号一八頁(池……当事者は公共用物の時効取得可能  
を理由に時効取得を否定、控訴審は、自主所有がないこと  
を理由に時効取得を否定、三審は、大阪高判昭和四年三月三  
二日、最(一)小判昭和五年三月三〇日民集三二卷三三二  
九四頁と、同論点を争)  
……時効取得
- 【74】最(一)小判昭和四年五月二二日民集二三卷六号  
九九三頁(75)第一次控訴審。児童公園予  
定地……予定公物の時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【75】名古屋地判昭和四年九月三〇日判時六五二二六六三  
頁・判タ二二七号二二七頁(伴官地(明治初期の地租改正に  
のため民有地に区分されなかった土地)……脱落地は国の所有に属  
するが、右土地が行政財産でなく普通財産であるときは時効取得の  
対象となる)  
……時効取得
- 【76】青森地判昭和四年七月二八日訟務月報一八卷九号  
一四〇二頁(77)第一次控訴審。公用  
……時効取得を否定)  
……時効取得
- 【77】釧路地帯広支判昭和四年二月二五口訟務月報二〇  
卷五号一七頁(81)原告。海浜地……(明示的?)  
……時効取得を否定)  
……時効取得
- 【78】仙台地判昭和四年一月三〇日訟務月報二〇卷一三  
号一頁・金商五一五号一四頁(83)第一審。水路およ  
び水路敷……予定公物に關  
する(74)を引用しつつ、公路上水路として表示されている国有地であ  
つても、現に公共用財産としての使命を果たしていない場合には、  
時効取得が認められるとする)  
……時効取得
- 【79】大阪高判昭和四年三月二六日高民集二七卷一四  
六頁(水路敷……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【80】旭川地判昭和四年三月二九日下民集二五卷一四  
号二一六頁(堤防敷地……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【81】札幌高判昭和四年一〇月三〇日訟務月報二〇卷一  
三三二頁(77)控訴審。海浜地……(明示的?)  
……時効取得を否定)  
……時効取得
- 【82】那覇地判昭和五年七月九日訟務月報二二卷一〇号  
二〇一〇頁(米軍の土砂等の投棄により造成された埋立地……)  
……時効取得
- 【83】仙台高判昭和五年一〇月六日高民集二八卷四号三  
〇九頁(78)第一次控訴審。水路・水路敷……たえ公物である  
産としての使命を果たしていない場合には、時効取得の成立につき  
一般の私有地と法的取扱いを異にする理由がないから、時効取得の  
成立を妨げないとする)  
……時効取得
- 【84】最(二小)判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【85】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【86】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【87】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【88】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【89】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【90】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【91】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【92】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【93】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【94】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【95】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【96】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【97】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【98】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【99】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得
- 【100】最(一)小判昭和五年一月二二日民集三〇卷一  
号一〇四頁(78)第一次上告審。水路・水路敷……(明示的?)  
……時効取得を肯定)  
……時効取得

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、右公共用財産については、黙示的に公用が廃止されたものとして、これについて取得時効の成立を妨げないものと解するのが相当である。これと趣旨を異にする所論引用の大審院判例〔49〕判決・〔53〕判決は、変更されるべきであり、また、その他の引用の大審院判例〔48〕〔51〕〔54〕を指すは、事案を異にし、本件に適切でない旨を判示したものである。

【85】最（一小）判昭和五二年四月二八日裁判集民事一二〇号五四九頁・金商五三五号四七頁（道路）〔84〕を引用し、時効取得を肯定（時効取得を肯定）

【86】大阪高判昭和五二年三月三一日訟務月報二三卷四号六七八頁（差戻上告審）（旧國庫省名義の登記のある国有地について、公物としての性質、公益性の性質、民法の取得時効の規定の適用は排除されない制限されるが、それ以外の場合には、時効取得の適用がある）

【87】金沢地判昭和五二年五月一三日判時八八号一三六頁（道路）……黙示的公用廃止説（よび時効取得を肯定）

【88】東京地判昭和五二年七月一八日判時八六〇号九八頁（上野義隆墓所事件第一審判決、公物）……自主占有意思の不存在を理由に否定

【89】函館地判昭和五四年三月二三日訟務月報二五卷一〇号二二二頁（海および海浜地……黙示的公用廃止説）……正説に立ちつつ時効取得を否定

【90】福岡地判昭和五四年七月二二日訟務月報二五卷一〇号二七五頁（水路）……黙示的公用廃止説（時効取得を肯定）

【91】那覇地判昭和五五年一月二二日訟務月報二六卷三三〇号四五六頁（無許可埋立地……）（現行公有水面埋立法は、公有水面埋立法を受けず、公有水面につき埋立工事を行なつたことを犯罪として処罰の対象とするほか、埋立免許を受けないで行なつた埋立工事に係る公有水面は原状に回復させるべきものといふ、ただ、原状回復の必要がない又は原状回復することが不能なものについては、当該埋立工事に係る公有水面にある土砂その他の物件を無償で国の所有に属させることができるが、右の趣旨は、自然の關係人の利害を調整しつつ適正かつ合理的な国土の利用を図るため、厳重に埋立てを規制しようとするものであるから、公有水面を埋め立て

て造成した埋立地について所有権を取得するには同法所定の手続によるほかなく、たとえ、埋立免許を受けないで違法に埋立工事を行なつて埋立地を造成した者が当該埋立工事に係る埋立地につき占有を継続したとしても、その所有権を時効取得する余地はないといふべきである。なお、同判決の立場は、控訴審・福岡高判昭和五五年九月九日判例集未登載、上告審・最判昭和五八年一月二二日判例集未登載によつて維持された。）

【92】山口地判昭和五五年一月二三日訟務月報二六卷三三〇号四五六頁（里道……黙示的公用廃止説）……正説に立ちつつ時効取得を否定

【93】名古屋高判昭和五五年八月二九日（前掲）（田原灣干渉審判決、松下海浜……）（控訴審において当事者は時効取得の主張を追加するも、裁判所は判断せず）

【94】東京高判昭和五六年五月二〇日判時一〇〇六号四〇頁・判タ四四三三九三頁（道路）……黙示的公用廃止説（時効取得を肯定）

【95】福岡地小倉支判昭和五八年四月二八日訟務月報二九卷一〇号二〇四六頁（道路敷地……時効取得を肯定）

【96】熊本地判昭和五七年六月一八日訟務月報二九卷一〇号四七頁（道路）……〔84〕を引用して時効取得を肯定

【97】横浜地判昭和五七年八月三一日訟務月報二九卷一〇号二二三頁・判タ四四七七一〇三頁（橋梁用地……護岸用地……）（橋梁・取付道路・擁壁・護岸が、用途廃止がなされた後も、実質上の行政財産でない限り予定された行政財産と認められる場合には、これらと構造上機能上不可分一体となつて橋梁用地は取得時効の対象とはならない。予定公物につき〔74〕と異なる立場に立つ）

【98】大阪高判昭和五八年八月三一日訟務月報三〇卷四号五八三頁（河川堤防敷……黙示的公用廃止説に立ちつつ時効取得を肯定）（河川堤防敷……黙示的公用廃止説に立ちつつ時効取得を肯定）

【99】東京地判昭和五九年一月二六日判時一一六七号六〇頁・判タ五四六六四一四九頁（区道に認定された国有地……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【100】広島高判昭和六一年三月二〇日訟務月報三三卷四号八三九頁（里道……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）（一部の時効取得を肯定）

【101】東京地判昭和六一年六月二六日判時一二〇七号六七頁（廃止説に立つて時効取得を肯定）

【102】京都地判昭和六一年八月八日判タ六二三号一〇六頁（河川のコンクリート護岸擁壁と一体となりこれを事実上保護する土居として公共の用に供されている公園に地番のない国有地……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【103】高松高判昭和六一年一月一八日訟務月報三三卷一〇号二二七頁（徳島市第二号焼却場建設設置等仮処分事件……時効取得を肯定）（水路敷の所有権・管理権……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【104】徳島地判阿南支判昭和六二年三月二七日訟務月報三三卷一〇号二二三三九頁（用して黙示的公用廃止説に立ちつつ時効取得を肯定。なお、控訴審・高松高判昭和六三年二月八日、上告審・最（一小）判平成五年三月三〇日訟務月報三三卷一〇号二二三六頁では、時効取得は争点となつていない）

【105】和歌山地判昭和六二年五月二七日（前掲）（周囲の埋海水が干上り陸地化した部分……黙示的公用廃止説に立ちつつ時効取得を肯定）

【106】東京高判昭和六三年九月二二日判時一二九一六九頁・判タ六九五五一九一頁・金商八一五五二八頁・東高民時報三九卷九一二二六六頁（供用開始前の都府県道……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【107】横浜地決平成元年三月二二日LEX・DB文献番号25816784（道路敷……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【108】東京地判平成二年五月二八日訟務月報三八卷二二一八五頁（第一審、道路敷……）（客観的にも道路の維持保全のために必要な土地であつて、その公物性を失つていないとして、時効取得を肯定）

【109】東京高判平成三年二月二六日訟務月報三八卷二二一六九頁（第二審、道路敷……）（客観的にも道路の維持保全のために必要な土地であつて、その公物性を失つていないとして、時効取得を肯定）

【110】最（二小）判平成五年一月二二日判時一四八一号一三〇頁・判タ八三四四六三頁（無免許埋立地……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【111】徳島地判平成七年三月三〇日（前掲）（無免許埋立地……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【112】大阪地判平成七年九月一九日判例地方自治一四三三三七八頁（国道敷地……黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

【113】大阪地判平成八年八月二八日訟務月報四三卷七七一頁（黙示的公用廃止説に立つて時効取得を肯定）

六一五頁（造幣局職員宿舍の敷地……国有財産のうちの企業用財産に關しては時効取得の対象とならないとし、**【84】**判決を引用）

**【13】**浦和地判平成九年五月二六日判例地方自治一六八号七五頁（土地改良施設である排水路……通行地役権の時効取得を肯定することは、排水路としての目的、すなわち公共性の反する）

**【14】**東京地判平成一〇年二月三日判タ一〇一六号一五八頁（区……時効取得を肯定）

**【15】**広島地判平成一一年三月二四日判例地方自治二二七号九二頁（道路付替に伴う路線変更によって公用廃止された旧道路部分については明示的な公用廃止を理由に時効取得を肯定）

**【16】**神戸地判平成一五年二月四日LEX-DB文献番号27172637（道路……**【84】**判決を引用しつゝ、黙示的な公用廃止に立つて時効取得を肯定）

**【17】**大阪高判平成一五年五月二二日判タ一五一号三〇三頁（国の河川堤防……**【84】**判決を引用し、黙示的な公用廃止に立つて時効取得を否定）

**【18】**大阪高判平成一五年六月二四日判時一八四三三七七頁（国有の里道……**【84】**判決を引用しつゝ、いづれ明示的な公用廃止をする意思があつたため、占有を容認していたと見るのが自然であるとし、黙示的な公用廃止に立つて時効取得を肯定）

**【19】**神戸地判平成一五年八月八日訟務月報五一巻八号二〇六九頁（占有がないことを理由に時効取得を否定）

**【20】**徳島地判平成一六年三月一六日訟務月報五一巻八号二〇八七頁（第一審……国有水路および土揚場……**【84】**判決を引用し、黙示的な公用廃止に立つて時効取得を肯定）

**【21】**大阪高判平成一六年七月一六日訟務月報五一巻八号二〇五六頁（第二審……国有地たる海浜地……第一審と同様に、排他的な占有がないことを理由に時効取得を否定）

**【22】**高松高判平成一六年十一月一日訟務月報五一巻八号二〇七六頁（同様に、排他的な占有がないことを理由に時効取得を肯定）

以上の判例の流れからも知られるように、本判決の引用する**【84】**判決は、従前の大審院判例**【49】****【53】**の①明示的な公用廃止説（時効取得否定説）につき判例変更を行い、②黙示的な公用廃止説を採用し、その後の判例は、おおむね②説に立っている。なお、**【84】**判決以降の中には、（黙示的）「公用廃止」の表現をとることなく時効取得を肯定しているものもあるが、この点を捉えて、③時効取得完全肯定説を採用したとは即断できない。②説と③説とは、実質的側面のみを捉えた場合には、同一事象に對して公用廃止という中間項を経由させるか否かの違いがあるにすぎないが、しかしながら、その法律構成の違いは、まさに本件事案の海のように、私権の目的となるかどうかに関し、(a)否定説と(b)肯定説の対立が存する事案において重要な相違をもたらすのであつて、②説においては、(a)否定説に立つた場合にも、公用廃止によつて所有権の客体たる性質が付与されるとして、民法一六二条の「不動産」要件を充足させることができるのに対して、③説にあつては、(b)肯定説に立つ以外、右「不動産」要件を満たす方法がない。

一方、④時効の対象物件の違いに關しては、予定公物の取扱ひにつきニュアンスの異なる判例が存在していること（**【49】****【50】****【72】****【74】**が時効取得を肯定し、**【77】**は否定説に立つている）、また、国有財産法上の行政財産に關しては黙示的な公用廃止説がとられ（若干特殊なものとして、企業用財産に關する**【13】**）、普通財産に關しては民法の取得時効に關する規定が単純適用されること（**【84】**判決が水路・水路敷に關する事案であることからも知られるように、判例は、時効の対象物件が、人工公物（道路、公園）であると自然公物（河川、海浜）であるとして、格別な相違を設けていない。ただし、自然公物の中にあつても、現行河川法二条二項により私権の目的とされるに至つた河川敷地については、すでに**【84】**判決登場前から②黙示的な公用廃止説がとられていたのに対して（**【49】****【78】****【112】**）、海のない海の埋立地に關しては、**【84】**判決の直前にも①時効取得否定説に立つ裁判例**【82】**があり、また、**【84】**判決後においても、**【89】****【20】****【38】**が②黙示的な公用廃止説に従つたのに対して、**【91】**およびその控訴審・上告審判決が①時効取得否定説をとつたため、混乱が生じ、たとえば**【110】**の当事者は、上告理由の中で**【84】****【91】**の両判決に言及している。しかしながら、

**【110】**判決は、原審判断支持を宣言するのみで、②黙示的な公用廃止説の実質的内容には立ち入らなかつた。それゆえ、本判決は、第一に、とくに海の埋立事例に關する右のような近時の判例の動きとの関連で、**【84】**判決の②黙示的な公用廃止説が妥当する旨を再確認し、**【91】**とその上級審判決の採用する①明示的な公用廃止説を改めて排除した点において、重要な意義を有している。

本判決の第二の意義ないし特徴は、とくに公有水面埋立法の適用がある事案につき、黙示的な公用廃止の有無を、埋立法の規定する原状回復義務の消長に求めた点である。本判決の論理は、以下の三段からなる。すなわち、(1)「長年にわたり当該埋立地が事実上公の目的に使用されることもなく放置され、公共用財産としての形態、機能を完全に喪失し、その上に他人の平穩かつ公然の占有が継続したが、そのため實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つた場合」には、(2)「同項（埋立法三五条一項）の原状回復義務の対象とならない」結果、(3)「当該埋立地は、もはや公有水面に復元されることがなく私法上所有権の客体となる土地として存続することが確定し、同時に、黙示的に公用が廃止されたものとして」、時効取得の対象となる、というのである。

このうちの(1)は、**【84】**判決の述べる黙示的な公用廃止の一般的な認定要素と同一である。しかし、本判決以前の裁判例（**【89】****【20】****【38】**）が、もっぱらこの一般理論に従ひ、(3)黙示的な公用廃止の認定を、直接(1)に求めていたのに対して、本判決は、とくに公有水面埋立法の適用事例に關して、中間に(2)原状回復義務の消滅という媒介項を挟み込んだ。その意図するところは、第一に、黙示的な公用廃止説の一般理論における(1)形態的要素の喪失と、埋立法に固有の(2)原状回復義務の喪失とを完全一致させることにより、(2)原状回復義務が存続しているにもかかわらず(1)形態的要素が喪失しているとの認定がなされる可能性を排除すること、第二に、上記(3)の述べる公物の

時効取得に必要な二つの要件——所有権の客体(物)たる「土地」性ならびに黙示の公用廃止——の各々の充足根拠を明示すること(前者が(2)原状回復義務の喪失、後者が(1)形態的要素の喪失)にある。

### (3) 検討

しかしながら、本判決の理論構成は、右第一・第二のいずれの側面との関係でも、疑問が残る。

まず、第一の点についていえば、上記本判決の理論構成においては、(2)原状回復義務は消滅するが(1)の形態的要素が喪失しない場合を見逃している点が問題である。

その具体例としては、埋立法三五条二項の原状回復義務の免除により埋立土砂を無償で国の所有としたが、埋立地が公共用財産としての形態・機能を有している場合が考えられる。このような公共的性質を有する埋立地を、国有財産法上の普通財産と評価して時効取得を認めるのは適當ではない(同旨大審・後援本件評釈五四頁)。なお、右以外の事例として、原状回復義務が時効消滅した場合を想定する論者もいるが(松尾・後援本件評釈七四頁)、しかし、あたかも物権的請求権が消滅時効にかからないのと同様、公共用財産への侵害が持続している限り、原状回復請求権は日々刻々発生している和解されるので、原状回復義務について時効消滅を考へる余地はないと思われる。

一方、第二の点に関する判例の論理は、(2)原状回復義務の対象となる限り(3)埋立地が再び公有水面に還元される可能性があるがゆえに「土地」性を有しない、というものであるが、この点との関係では、まず、本判決が、【37】判決を引用しつつ、原状回復義務の条文根拠を、埋立法三五条一項に求めている点が問題となる。というのも、同条は、(一)免許失効および(二)無免許埋立の場合に適用される規定であって、(三)埋立権に基づく埋立には適用がない。したがって、判旨が「埋立権者が竣功認可を受けて当該埋立地の所有権を取得するまでは、……公有水面埋立法三五条一項に定める原状回復義務の対象となり得る」と述べているのは、条文適用に誤りがあるし、ま

た、(三)免許に基づく埋立も含めた一般原則として「公有水面埋立法三五条一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」と述べている点も、不正確である。本稿冒頭において触れたように、本件は、そもそも(三)免許失効が生じていない事案であるようにも解された。にもかかわらず、本判決が(一)免許失効を認定したうえ、上記のような判令を行ったのは、本判決引用の【37】判決が、(二)無免許埋立の事案であつたためであらう。

(三)埋立権に基づく埋立に関する原状回復義務の条文根拠に関しては、竣功認可の告示前に埋立権者が行った違反行為に対して原状回復その他の処分を命ずることができ旨を定めた、埋立法三二条一項がある。それゆえ、もし(一)(二)の全事例を対象に原状回復を問題にしたいのであれば、(一)免許失効の場合には、三五条一項に基づく原状回復義務があり、(二)無免許埋立の場合には、三六条による準用の結果、三二条一項ないし三五条一項に基づく原状回復の可能性があり、また、(三)許可に基づく埋立に関するも、竣功認可前においては三二条一項を理由とする原状回復の可能性があるがゆえに、いまだ上記(3)の時効取得の要件を充足しない、との説示が行われるべきであつた。

しかし、ここでは、そもそも(2)原状回復の可能性を論ずる意味があるのか問題である。

というのも、本判決は、(3)の時効取得の要件に関して、海面下の土地所有権に関する(a)「土地」性否定説を前提に、(2)原状回復の可能性の消滅により(3)埋立地が「土地」となつて民法一六二条の要件を満たすと解している。しかしながら、すでに述べたように、(a)「土地」性否定説の根拠として本判決が引用する判例のうち、【18】の根幹部分は、①自然海没地②人工海没地・③私下げ海面に関して、一定の場合には所有権が成立するとの命題にあり、これと必ずしも論理的結合関係にない(a)「土地」性否定の説示部分だけを、独立的な法命題と

して本判決が引用したことには疑問があつた。一方、【37】判決において問題となつた公有水面埋立法二四条や三五条の規定は、海面下の土地ないし陸地化した埋立地それ自体の法的性質に関しては一切触れるところがないと解すべきである。ただし、同法の適用される事案においては、同法一条一項により、海が「国ノ所有ニ属スル」と規定されている。これに対して、同法の適用のない事案においては、海面下の土地が私権の客体となるか否かは、他にこの点につき定めた特別の法条が存在しない以上、もっぱら私法の一般理論——支配可能性と支配価値があるかどうか——により決せられることになる

が、しかし、たとえ右判断に基づき「不動産」性が認定された海面下の土地に関しても、それは、無主物であつたところを民法二九条二項により国の所有に属したものと解されるから、結論は、上記公有水面埋立法の適用事例と変わるところがない。そして、この国有地たる海面下の土地に関しては、公共用財産たる性質を失わない限り、公益性と抵触する限りにおいて、私法の適用が否定される結果、私人の権利取得は、付合や時効取得といった法定取得を含めて排除される(これに対して、国有であつた土砂等に関しては、公共用財産としての性質と抵触しない限りで、付合等の民法規定の適用を肯定してよい)。そして、以上の点は、この国有地が、海面下にあるのが陸地化しようが変わるところはない(陸地についてののみ不動産登記は、あくまでも不動産登記法上の技術的・政策的問題にすぎない。これを不動産登記手続以外に推及させ一般論に敷衍することができないのは、公有水面埋立法と同様である。その意味では、海面下の土地も私的所有権の客体となるが、ただし、登記能力を有するのは陸地に限られる、と説明する)。それゆえ、この国有地たる海面下の土地ないし自然的あるいは人工的原因で陸地化した土地につき、私人が所有権を取得できるかどうかは、もっぱら公共用財産たる性質を喪失しているかどうかにかかつていところ、これを喪失させるのは、公用廃止である。この点、公有水面埋立法二四条の竣功認可の告示は、土地に関する明示的な公用廃止であるが、これに対して、埋立法三五条の原状回復義務の免除は——上記の

ように同条は土地の所有権の帰属を定めた規定ではないことから——土地に関する公用廃止の意思表示とは評価できない。

以上を要するに、海面下の土地が国有地と解される以上は、(3)時効取得の要件に関して、公用廃止のほかに、私的所有権の客体としての「土地」化を挙げる必要はないから、この点との関係で(2)原状回復義務を論ずる必要性はない。また、公有水面埋立法三五条の原状回復義務の免除が土地に関する公用廃止の意思表示と評価できないことから、公用廃止要件との関係でも(2)原状回復義務を論ずる実益はない。

他方、上述したように、原状回復義務が喪失しても公共用財産としての性質を維持している場合があり得る以上、(1)形態的要素の喪失を(2)原状回復義務の消滅と評価することもできないことから、結局、公有水面埋立法の適用事例であるか否かを問わず、海面下の土地ないし埋立地に関する私人の時効取得の成否は、本判決以前の裁判例〔89〕〔20〕〔38〕のように、黙示的公用廃止説の一般理論に従って処理すれば足りるということになる。(2)原状回復義務の消滅や長期間の不行使は、黙示的公用廃止説の一般要件であるところの(1)公共用財産としての形態的要素の消滅を認定する際の判断材料の一つとすることとで充分である。

以上より、本判決が、本件各埋立地について時効取得を認定した結論は妥当と解するが、その理論構成に関しては、反対である。

本件評釈として、大嶺崇・みんけん(民事研修)五八八号(二〇〇六年)四七頁、福永実・法令解説資料総覧二九二号(二〇〇六年)九四頁、松尾弘『平成一七年度重要判例解説』(ジュリスト臨時増刊一三三三三号、二〇〇六年)七三頁がある。

## 九三

拘置所に拘留中の者が脳梗塞を発症し重大な後遺症が残った場合について速やかに外部の医療機関へ転送されていたならば重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたとはいえないとして国家賠償責任が認められなかった事例

千葉大学  
教授 岡 林 伸 幸

〔損害賠償請求事件、最高裁判一七(受七一五号、平一七・一二・八一小法廷判決、上告棄却、判例時報一四九三三三二六頁)〕

【事実】 住居侵入罪で逮捕され東京拘置所に勾留されていたXは平成一三年四月一日午前七時三〇分頃、布団の上で上半身を起こしたままの状態であるのを職員が発見した。そこで同日午前八時ごろ、東京拘置所医務部病院に運ばれ医師が診察したところ、Xは脳内出血または脳梗塞の疑いがあり、午前八時一〇分頃に特定集中治療室に収容された。

午後八時三〇分過ぎに医師が頭部CT撮影をしたところ、Xの脳には低吸収域が写っていることから、Xの症状は脳梗塞によるものであると判断し、薬品を投与した。その後経過観察をし、Xは午後九時二〇分には就寝した。

翌四月二日午前七時五〇分頃、Xは「こちらの言うことは分かるらしい。目を閉じて」というと目を閉じる。右半身麻痺、言語障害がある」状態であった。同日午前九時二七分頃、頭部CT撮影が行われ、Xの左の脳室が圧迫されており、脳浮腫の進行が認められたこと

から、Xを東京拘置所で保存的治療をすることは不当であると判断し、受け入れ可能な病院を探し、Xは午後三時九分頃に救急車で運び出され、午後三時四一分に到着した。

同病院に到着したときは、Xは昏睡状態であり、午後四時三〇分に行われた頭部CT撮影の結果、左中大脳動脈領域に広範な脳浮腫が出現し、左半球は矮小化し、脳室は拡大しているという状態であり、症状は憎悪傾向にあった。そこでXの弁護士人の同意を得て、同日午後一〇時一五分から四月三日午前〇時二三分まで、Xの前頭部の緊急開頭減圧手術を施行した。

平成一三年八月当時のXの病状は、言語や文字の理解力・判断力は著しく低下しており、右半身完全運動麻痺という重大な後遺症が残った。そこでXはY(国)に対し、東京拘置所の職員である医師は、Xに脳梗塞の適切な治療を受けさせるために、速やかに外部の医療機関に転送すべき義務があったにもかかわらず、これを怠ったなどと主張して、国家賠償法一条一項に基づいて、慰籍料及び弁護士費用を請求した。

第一審判決(東京地判平一六・一・二二判タ一一五・一三二)は、第一回CT撮影の撮影時間は四月一日午前一〇時七分であると認定した上で、午前八時三〇分過ぎごろにはXに血栓溶解療法の適応があった可能性が相当程度認められることから、その時点で東京拘置所の医師は適切な治療を行える専門病院に転医させる義務があったとした。そしてその義務違反によりXは血栓溶解療法を受ける機会を奪われて重大な後遺症が残ったわけであるから、Yはこれによって発生した精神的損害を賠償すべき責任があるとして、慰籍料一〇〇万円、弁護士費用二〇万円が認められた。

原審判決(東京高判平一七・一・一八判時一八九六・九八)は、第一回CT撮影の撮影時間は四月一日午前九時三分であると認定した上で、その時点で血栓溶解療法の適応があったとは認めがたいことなどから、転医して血栓溶解療法を受けることにより、Xの重篤な後遺症が残らなかった相当程度の可能性があるとはいえないとして、Xの請求を棄却した。Xが上告した。