

## I 不動産所有権の今日的課題

### 1 物権法・所有権法の今日的課題

#### (1) 財の多様化への民法学の対応の必要性

日本の民法典が採用するパンデクテン体系における物権法は、もともと財を規律する法(財の法)の一部しか民法典に取り込まないという政策判断を前提としている。パンデクテン体系物権法は、第1に、帰属関係を表現する法形式として基本的には物権(その典型としての所有権)しか用意していない。「物権法」だから当然といえば当然である。パンデクテン体系に依拠する物権法は、第2に、その論理的コロラリーとして、帰属客体として有体物のみを想定する(民法85条)。その結果、無体物など有体物以外の財は、民法典物権法の対象外ということになる。このように、現行の物権法体系は、財の法を部分的にしか取り込まないという意味での狭隘性を特徴とするのである。

ところで、財をめぐる現代の問題状況の特徴は、財の多様化と帰属関係の多様化に求められる。そのような現実の展開に、上記の狭隘な伝統的枠組みが十分に対応することができるかは、問題である。帰属客体を有体物に限定するという考え方で財の多様化を十分に捉えることができるのか。また、所有権を典型とし、物権法定主義によってその内容の自由度を制限された物権法体系では、帰属関係の多様化に対応することが難しいのではないか。パンデクテン体系を採用する日本民法典に対しては、そのような問いが、当然に提示されることになる。

もちろん、民法典物権法の外でアド・ホックな対応を行うことは可能であり、それは現実になされている。しかし、それで十分か、それぞれの財の特質に適合的な対応がなされているかは、問うに値する問題である。また、民法学が、現代の財の多様な展開とそれによって要請される多様な法の展開を全体として把握できているか、それらの全体像の体系的・理論的な把握に成功しているかも問われるであろう<sup>1</sup>。以上が、2014年私法学会シンポジウム「財の多様化と民法学」の基本的問題意識であった<sup>2</sup>。

#### (2) 財の多様化の諸側面

それでは、現代における財の多様化は、どのような形で現れているのであろうか。そのポ

---

<sup>1</sup> 以上は、吉田克己「財の多様化と民法学の課題——鳥瞰的整理の試み」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、2014年)2-3頁における問題提起を再掲するものである。

<sup>2</sup> その予稿である5本の論稿が、NBL1030号(2014年)に収録されている。また、私たち(私法学会シンポジウム準備の母体となった科研基盤Aの研究グループ)のこの領域における研究成果の全体については、吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、2014年)を参照。

イントは、2点にまとめることができる<sup>3</sup>。

①多様な新たな財の出現。情報の無体財としての重要性の増大やパブリシティ価値等の派生財の出現などが顕著である。さらに、身体のように、従来は財であることを規範的に否定されていたが、事実の次元ではその商品化が現実のものとなっているケースもある。

②古典的有体財の現代における性格の変容。ここには、財のさらなる商品化の進展（資産流動化等）、財における人格的価値の考慮の進展（ペットなど）、人口減少社会の到来に伴う不動産の負財化などの現象を見出すことができる。

2014年度の私法学会シンポジウム「財の多様化と民法学」においては、①が主として念頭に置かれていた。しかし、その後、②における問題の中でもとりわけ不動産の負財化とそれを背景とする不動産の管理不全が深刻な問題として浮上してきている。所有者不明土地問題や空き家問題である。従来は、過剰利用への対応が、不動産所有権をめぐる問題として基本的なものであった。ところが、現在では、過少利用問題への対応が中心的課題となってきたのである。問題の構造は、大きく変化してきていると言わなければならない。そして、近時、所有者不明土地問題への対応を直接の契機としつつ、民法および不動産登記法の改正に向けての検討が始まっている<sup>4</sup>。そこでは不動産所有権のあり方が改めて問われている。

2019年度の私法学会シンポジウム「不動産所有権の今日的課題」は、このような近時の問題状況の展開を踏まえて、この②の側面の検討に重点を置くものである。ただし、所有者不明土地問題だけに焦点を当てるのではなく、不動産所有権の基礎理論の検討を踏まえつつ今日的諸問題を検討するという姿勢を大事にしたい。この所有権の基礎理論については、本書第I部において検討した。本章では、それを踏まえつつ、不動産所有権の今日的課題の検討を行うことにしたい。そこでは、不動産の負財化を背景とする所有者不明土地問題が中心的に取り上げられる。

## 2 不動産所有権の今日的課題と理論問題

### (1) 所有者不明土地問題への政策的・立法的対応

#### (a) 喫緊の政治的課題としての所有者不明土地問題

近時の所有者不明土地問題の政策的・立法的対応においては、まずもってそれが内閣レベルの喫緊の政治課題と位置づけられていることが重要である。

<sup>3</sup> 以下について詳しくは、吉田・前掲注(1)4頁以下参照。

<sup>4</sup> まず、法務省の主導の下で、「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」が設置され(2017年10月2日第1回会合)、その成果として「所有者不明土地問題の解決に向けて」という副題を持つ『研究報告書』が公表された(2019年3月。[https://www.kinzai.or.jp/uploads/touki\\_houkoku\\_20190228\\_1.pdf](https://www.kinzai.or.jp/uploads/touki_houkoku_20190228_1.pdf)) (以下、この文献は、単に『研究報告書』と呼ぶ)。そして、この研究会の作業も踏まえて、2019年2月14日には、法制審議会に対して法務大臣から民法・不動産登記法等の改正に関する諮問がなされ、現在、これを受けて、法制審議会民法・不動産登記法改正部会において審議がなされているところである。後述のように、これに基づいて、2020年には法改正を行うというタイム・スケジュールが立てられている。

それを端的に示すのが、閣議決定である『骨太の方針 2017』、『骨太の方針 2018』および『骨太の方針 2019』において、所有者不明土地問題への対応策が喫緊の課題であることが明記されたことである。直近の『骨太の方針 2019』（2019年6月21日）<sup>5</sup>によれば、「……所有者不明土地等の解消や有効活用に向け、基本方針等に基づき、新しい法制度の円滑な施行を図るとともに、土地の適切な利用・管理の確保や地籍調査を円滑かつ迅速に進めるための措置、所有者不明土地の発生を予防するための仕組み、所有者不明土地を円滑かつ適正に利用するための仕組み等について2020年までに必要な制度改正の実現を目指すなど、期限を区切って対策を推進する」（64頁）ものとされている。所有者不明土地問題への対応が、このように、内閣レベルの重要な課題として位置づけられているのである。

#### （b）対応への具体的方針

この課題への対応を具体化する方針は、関係閣僚会議において示されている。その直近のものは、2019年6月14日の関係閣僚会議決定である「所有者不明土地等対策の推進に関する基本方針」である<sup>6</sup>。この「基本方針」に示されている方策を中心として、現時点での所有者不明土地問題への政策的・立法的対応の方針を簡単にまとめると、次のようである<sup>7</sup>。

（i）新しい法制度の円滑な施行：2018年に制定された「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」（以下、「円滑化等特別措置法」と呼ぶ）、農地・林地に関する「農業経営基盤強化促進法」等の一部改正、2019年5月17日に成立した「表題部所有者不明土地の登記及び管理の適正化に関する法律」などの普及啓発、実施の促進を図る。

（ii）土地所有に関する基本制度の見直し：土地の公共性を踏まえ、土地の管理や利用に関して土地所有者が負うべき責務や適切な利用・管理の促進策に関して、土地基本法等の見直しを2020年に行う。あわせて、人口減少社会に対応した新たな総合的土地政策の策定に向けて検討を行う。空き地等の適切な管理・流通・再生の促進、土地の放置を抑制する管理方策など土地の適切な利用・管理の促進策の具体化を進める。

（iii）地籍調査の円滑化・具体化：一部の所有者が不明な場合でも調査を進められるような調査手続の見直しや、地域の特性に応じた効率的な調査手法の導入などについて、法改正に向けた作業を進める。

（iv）民事基本法制（民法・不動産登記法）の抜本的な見直し：法制審議会において、相続等による所有者不明土地の発生を防止するための仕組みや、所有者不明土地を円滑かつ適正に利用するための仕組みを整備するという観点から、民法および不動産登記法の改正

---

<sup>5</sup> 『経済財政運営と改革の基本方針 2019～「令和」新時代：「Society 5.0」への挑戦～』（[https://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2019/2019\\_basicpolicies\\_ja.pdf](https://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2019/2019_basicpolicies_ja.pdf)）

<sup>6</sup> 所有者不明土地等対策の推進のための関係閣僚会議（第4回）（<https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/shoyushafumei/dai4/gijisidai.html>）

<sup>7</sup> それより少し前の2018年度の『骨太の方針』および関係閣僚会議決定を踏まえた2018年末頃までの対応状況については、吉田克己『現代土地所有権論』（信山社、2019年）の第I部「所有者不明土地問題への法的・政策的対応」に収録した諸論文においてまとめている。

について検討し、2020年に民事基本法制の見直しを行う<sup>8</sup>。

(v) 多様な土地情報を円滑に把握する仕組み：不動産登記を中心とした登記簿と戸籍等の連携により、個人情報保護にも配慮しつつ、関係行政機関が土地所有者に関する情報を円滑に把握できる仕組みを構築する。

(vi) 所有者不明土地の円滑な利活用、土地収用の活用および運用：円滑化等特別措置法の施行状況も踏まえつつ、所有者不明土地の適切な管理、円滑な利用を目指して、地域福利増進事業の拡大や共有地の管理のあり方、財産管理制度の見直し等の更なる方策等について、空き家対策の推進や区分所有建物の取り扱い、民間による開発や空き家・空き地の利活用にも配慮しながら検討する。また、収用手続きの合理化・迅速化のための新制度の円滑な運用を図る。

(vii) 関連分野の専門家等との連携協力：関連分野の専門家等と地方公共団体、地域コミュニティ等と関係行政機関との一層の連携体制を構築する。

## (2) 不動産所有権をめぐる基礎理論的課題

### (a) 具体的論点

以上の方針を遂行するためには、その前提として、不動産所有権のあり方の検討が重要な意味を持っている。とりわけ、上記のうち「(iv) 民事基本法制（民法・不動産登記法）の抜本的な見直し」の課題と、「(ii) 土地所有に関する基本制度の見直し」および「(vi) 所有者不明土地の円滑な利活用、土地収用の活用および運用」の課題との関連において、土地所有権に関する具体的論点が提示されている。網羅的なものではなく、主要なものをピックアップ・アップするにすぎないが、以下で箇条書きの形で論点を示しておく。

①相続登記の申請の義務化などによって不動産登記情報の更新を図る方策の検討。法定相続情報証明制度の円滑な運用など、所有者不明土地を円滑・適正に利用するための仕組みの検討。——この背景には、相続未登記問題が、所有者不明土地の発生に大きく寄与しているという認識がある。

②不動産所有権放棄を可能とする方策（無条件の放棄の自由を認めるのではなく、一定の要件の下で認めるという方向）など、所有者不明土地の発生を予防するための仕組みの検討。みなし放棄制度の検討。相続放棄の際の法律関係の検討（相続放棄者の相続財産管理継続義務、相続財産管理人選任申立て義務など）——これらのうち、みなし放棄制度の検討は、当初に比してかなりトーンダウンしている。先の「関係閣僚会議決定」では取り上げられていない。事実上の断念のようにも思われる。

③所有者不明土地の利活用方策の検討（財産管理制度の見直し＝特定の財産を管理する制度、共通の財産管理人の選任など）。

④共有不動産の管理（管理・変更・処分に関する規律の明確化、同意取得方法に関する規律の整備など）、現実の利用者への権利関係の集約（不明共有者の共有持分の取得、共有者による取得時効など）。

---

<sup>8</sup> この点については、注（4）において言及している。

⑤相隣関係の規律の見直し（放置財化＝物理的管理不全への対応、相隣地が所有者不明の場合の対応など）。

（b）それらの基礎にある理論的課題

以上の具体的論点を検討する際には、土地所有権に関する理論的把握を前提にすることが望ましい。そのような理論的課題は、大きく2つに整理することができる。

①不動産所有権を制限するための公的介入は、どのようにして正当化されるか。その正当化根拠との関連で、不動産所有権の制限は、どこまで可能なのか。この理論的課題を深める際には、憲法29条の財産権保障も意識せざるをえないであろう。他方で、単なる不動産所有権の制限ではなくて、不動産所有者の責務の明確化も問題となる。

②これらの検討のためには、前提として、不動産所有権を念頭に置きつつ、所有権とは何か、所有権の本質、所有権の法的構造を明らかにすることが必要である。そのようにしてこそ、不動産所有権に対する制限の意味が明確になると考えられるからである。

本書第I部に収録した所有権に関する総論的検討では、②の作業を行った。本稿においては、①に関する基本的考え方を検討する。そこでは若干の具体的論点も取り上げるが、具体的論点の網羅的な検討は課題としていない。あくまで、具体的論点を検討する際の基本的視座を明らかにすることが、本稿の目的である<sup>9</sup>。

以上のように整理した上で、以下、所有者不明土地問題との関連で問題となっている不動産所有権の2つのレベルでの制限、すなわち使用収益権能の制限と不動産所有権の帰属への制限とを順次検討していこう。なお、このように2つのレベルでの制限を問題にするという視角自体、第I部における、帰属と支配の2側面で所有権を把握するという所有権の法構造分析を踏まえるものである。

## II 不動産所有権の使用収益権能の制限

不動産所有権の使用収益権能の制限には、負の外部性の回避を根拠とするもの（→1）、正の外部性という公共的利益の確保を根拠とするものがあり（→2）、それぞれ具体的制度設計の基本的考え方が異なるものと考えられる。また、現在、土地所有者の責務をどのように考えるべきかが重要な論点として浮上している（→3）。これもまた、不動産所有権の使用収益権能の制限の1つの現れである。

### 1 負の外部性の回避を根拠とする不動産所有権の制限

#### （1）原則的考え方

##### （a）不動産所有権の内在的制約

---

<sup>9</sup> 空き家問題などへの対応も重要な課題となるため、以下では、基本的には「不動産所有権」を検討の対象にする。他方で、所有者不明土地問題においては、「土地所有権」のあり方が特に問題となることがあるため、検討の対象を「土地所有権」と表現することもある。もっとも、本稿における「不動産所有権」と「土地所有権」との使い分けは、それほど厳密なものではない。

不動産所有権の使用収益権能は、まずもって土地利用の不当な外部的悪影響を阻止するという理由でその制限を認められる。土地の利用には、一般に外部性が伴い、その外部性は外部不経済すなわち負の外部性であることが多い。このような事情を踏まえて、不当な負の外部性の発生を阻止するために、不動産所有権に基づく使用収益権能が制限されるのである<sup>10</sup>。

これらは、不動産所有権の内在的制約と性格づけることができる。何人にも、外部に悪影響を与え、他者の権利利益を不当に侵害する自由が認められるべきではないからである。この不動産所有権の内在的制約に基づく制限を法律によって定める場合には、それは、「公共の福祉」に適合するものであって、違憲の問題を生じないと考えるべきである（憲法29条2項）。この点については、さらに後述する。

#### （b）条例等による土地所有権規制の原理的可能性

このように、土地利用の外部的悪影響＝負の外部性を阻止するための不動産所有権規制には、相隣関係的規制（相隣者間の相互互換的な利用制限）から狭い意味でのポリス規制（不特定多数の市民の利害にかかわる不動産所有権行使の規制）に至るまで、多様なものがある。この制約原理に基づく規制についても、法律で行うことがプロセス的正統性の観点からは望ましい。しかし、不動産所有権の内在的制約というその性格とその対象の多様性を考慮すると、むしろ、この問題領域における具体的な規制主体としては、地域住民の公共的利益の代表としての地方自治体を想定するほうが適切な場合がある。このように考える場合には、条例による不動産所有権規制の可能性を承認すべきことになる。

これが法的に可能であるかの検討は、第Ⅱ部において206条の改正提案を提示した際に行っている（Ⅱ1（4））。そこでは、条例による不動産所有権規制の原理的可能性を肯定した。このように、条例による規制の可能性を認めた上で、法律事項と地方自治体に委ねられる事項とのベストミックスを探るといのが、現実的には望ましい方向であろう。

### （2）日本における土地所有権論の特徴

#### （a）必要最小限規制原則

日本においては、西欧諸国と比較して、特異に強大な土地所有権が存在する<sup>11</sup>。それは、日本法においては、土地利用に伴う負の外部性に対する感度が低いということを意味している。そのような特徴を端的に表現しているのは、日本においては、西欧諸国に一般に存在している《計画なければ開発なし》という原則が存在しないという事実である。日本では、西欧諸国とは逆に、計画等に基づく土地利用規制が存在しなければ、開発は自由だと考えら

<sup>10</sup> たとえば容積率規制や建蔽率規制は、過剰な建築行為による土地利用によって、道路をはじめとする公共設備整備が過剰に必要となり、公財政の大きな負担となるという点に、その正当化根拠を見出す。また、日照確保のための斜線制限などは、建築物が隣地の日照を過度に妨げ隣地所有者の生活利益を侵害することを避けるという観点から、その正当性が根拠づけられる。

<sup>11</sup> この点については、吉田克己「土地基本法体制論」、同「土地所有権の日本的特質」を参照。いずれも、同・前掲注（4）に収録されている（初出は、それぞれ1991年、2001年）。

れているのである。そして、そのような考え方を前提として、《必要最小限規制原則》の存在が語られる。必要最小限規制原則とは、土地所有権に対しては、公共の利益に対する目前の支障を除くために必要最小限の規制を行うことのみが許されるという考え方である<sup>12</sup>。この考え方に基づいて、都市法の領域においては、規制対象の面でも、規制目的の面でも、必要最小限の規制しか制度化されることがなかった。都市計画法の適用対象は、都市計画区域に限定され、それ以外の界域については、別の立法による規制の可能性があるとはいえ、原則としては、規制が及ばない。また、都市計画区域内の規制も、必要最小限に限定される。

#### (b) 必要最小限規制原則と憲法29条

必ずしも明示されているわけではないが、この必要最小限規制原則が主張される際には、憲法29条が立論の基礎に置かれている節がある<sup>13</sup>。それでは、憲法29条は、必要最小限規制原則にどのように関わっているのでしょうか。2つの可能性がある。

第1は、憲法29条2項による「公共の福祉」を踏まえた立法による土地所有権制限には、憲法29条1項の財産権保障に基づく制約があるという理解が議論の基礎に置かれている可能性である。その場合には、憲法上保障される「憲法上の財産権（＝土地所有権）」を想定し、それを基準としつつ、立法による土地所有権の内容規制をコントロールするという発想が採られていることになる。

第2は、憲法29条2項の「公共の福祉」の内容は、自由な土地所有権を制約するものであるから、必要最小限の範囲に止められるべきだという理解が採られている可能性である。この場合には、憲法29条1項の財産権保障は、基本的には、私有財産制という制度の保障と現有財産権という既得の利益保障の2つにだけ及ぶ。財産権内容の制度設計については、29条2項の「公共の福祉」への適合という形での制約が存在するだけで、29条1項の財産権保障は及ばない。その上で、「公共の福祉」の内容を最小限に絞ることが主張されるわけである。

第1の発想における「公共の福祉」は、個人の権利と対立しそれに外在的な社会・国家の利益と想定されているものと考えられる（権利外在的制約説）。そうであれば、立法府がこの「公共の福祉」に適合しさえすれば財産権の内容を自由に定めることができると考えるのは、個人の権利保障の観点から重大な問題性を含む。そこで、憲法29条1項によって保障

---

<sup>12</sup> 必要最小限規制原則については、とりわけ藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表・土地制度に係る基礎的詳細分析に関する調査研究会『土地利用規制立法に見られる公共性』（土地総合研究所、2002年）の「第2章最小限規制WG報告」に収められた藤田宙靖「必要最小限規制原則とそのもたらしたもの」（7頁以下）を参照。また、同書の大貫裕之『「必要最小限規制原則」の克服』（64頁以下）、角松生史「ドグマティックとしての必要最小限規制原則：意義と射程」（82頁以下）、安本典夫「手続による正統性と内容上の正当性」（99頁以下）、倉島安司「必要最小限規制原則の検討に伴う補償の必要性の検討について」（114頁以下）などの文献も参照。

<sup>13</sup> たとえば、「土地の利用規制というものについて、憲法29条というものが大きく立ちまわっている」という認識が表明されたりしている。棟居快行ヒアリング・藤田ほか編・前掲注（12）26頁。

される財産権が存在することを前面に出し、これによって立法裁量をコントロールしようというわけである。

この操作が可能になるためには、一定の具体的内容を備えた憲法上保障される財産権（憲法上の財産権）が存在することが必要である。ところで、この論点に関わる判例として、森林法違憲最高裁判決<sup>14</sup>が存在する。この判決において憲法上の保障の対象とされたのは、「近代市民社会における原則的所有形態」と捉えられた単独所有であり、それを実現する共有物分割請求権である。そのような自由な財産権が財産権の原形として憲法上保障されているのである（いわゆる「原形テーゼ」）<sup>15</sup>。そして、この判決においては、それを制限する森林法の規定が違憲とされた。

社会構成に関する基本法である民法によって憲法の内容を充填するというこの判決が示した構想は魅力的である。しかし、規範的には民法の上位にあり最高法規である憲法について、何故にそのような操作が可能であるのかを説明するのは難しい。加えて、所有権一般についてであればともあれ、少なくとも土地所有権に関する民法の原理が《自由な所有権》であるかは自明のことではない。「原形テーゼ」を一般的に採用するのは難しく、森林法判決の射程は慎重に測る必要がある<sup>16</sup>。そうである以上、必要最小限規制原則の基礎にこの第1の考え方があると捉えることについても、慎重な考慮が必要であろう。あるいは、仮に必要最小限規制原則を説く論者がこの第1の考え方を立論の基礎としたとしても、その説得力は大きなものではないということである<sup>17</sup>。

以上を踏まえると、必要最小限規制原則の基礎には、第2の考え方があると捉えるべきである。しかし、そこでの「公共の福祉」を、第1の考え方の基礎にあった権利外在的制約説のように捉えるのは問題である。個人の権利を制約する上からの「公共の福祉」に対する憲法によるコントロールが及ばなくなるからである。ところで、近時、民法学の領域で、民法1条1項の「公共の福祉」を再定義しようとする動向がある。そこでは、「公共の福祉」は、権利者の権利と他人の権利との調整原理として把握される。すなわち、「公共の福祉」は、権利外在的なものではなく、権利内在的なものとして理解される（権利内在的制約説）。負の外部性に基づく土地所有権の内在的制約も、このような観点からは、「公共の福祉」に基づく権利の制約と捉えることができる。これは、憲法学上現在では通説的地位を占めている一元的内在制約説の民法ヴァージョンとでも言うべき考え方である。さらに、この発想を基本的に承継しつつ、さらに一定の場合には、市民全体の生活利益を確保するという内容を持

<sup>14</sup> 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

<sup>15</sup> 安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』（日本評論社、1995年）147頁。

<sup>16</sup> 森林法違憲判決の意義が憲法判例として限定的であることについては、多くの指摘がある。たとえば、水津太郎ほか「〔座談会〕憲法上の財産保障と民法」宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦編著『憲法学のゆくえ』（日本評論社、2016年）232頁以下参照。

<sup>17</sup> この問題に関する近時の本格的な分析である平良小百合『財産権の憲法的保障』（尚学社、2017年）47頁も、必要最小限規制原則に関しては、「原形」の探求が適切ではない旨を指摘している。



つ「公共の福祉（公共性）」による個人の権利の制約も認めるという考え方も提示されている（権利内在的・外在的制約説）<sup>18</sup>。基本的には、このような方向で「公共の福祉」の内容を捉えるべきである。

他方で、個人の権利が、仮に「公共の福祉」への適合を確保するために一定の制約を受けるとしても、それは、公共性の実現のために必要最小限のものでなければならない。それは、ある意味で自明の理である。したがって、問題の核心は、「必要最小限規制原則」という言葉やその可否にあるのではない。そこでの「必要最小限」が具体的にどのような意味内容を持っているかが問題の核心である。

上で示した「公共の福祉」の考え方は、複数の権利間の権利内在的で水平的な利害調整および市民の生活利益を根拠とする外在的な権利の制約をもって「公共の福祉（公共性）」の内容と把握し、そのような内容を持つ土地所有権への介入は肯定的に捉えるというものである。それが「必要最小限」の内容を形成すると考えるわけである。この考え方からすると、現在土地関係立法の制度設計において強い力を持っている「必要最小限規制原則」は、「公共の福祉」のとらえ方において狭きに失するというべきである。

### （3）右肩下がりの時代における新たな不動産所有権論

#### （a）負の外部性に関する新たな問題状況

経済停滞と人口減少という右肩下がりの時代への移行に伴って、不動産所有権に関する問題状況に変化が見られるようになってきている。最重要のポイントは、負の外部性に関する問題構造が劇的に転換したことである。かつての拡大型の都市法と不動産所有権論において問題であったのは、土地の過剰利用であった。その後の都市法と不動産所有権論においては、典型的には空き家・空き地問題に見られるように、むしろ土地の過少利用の問題性が深刻化している。過剰利用における負の外部性から過少利用における負の外部性への問題構造の転換である。

#### （b）誘導を中心とする柔軟な介入手法の必要性

不動産の過少利用や土地利用の非効率性（拡散型土地利用に伴う都市基盤整備の非効率性など）がもたらす負の外部性への対処には、かつての過剰利用に由来する負の外部性への対応とは異なる困難性が認められる。困難性の中心は、対応策として、かつてのような規制という単線的なものだけでは不十分になっているところにある。ここでの対応策としては、かつてとは異なり、誘導を中心とする柔軟性が要求されるのである。多少敷衍しよう。

①過剰利用の負の外部性に対する対応は、そのような過剰利用を許さないこと、すなわち規制であった。これに対して、土地利用の過少利用に対応するためには、単なる利用規制は適格的ではない。土地の積極的な利活用が必要であり、そのためには、時間軸を組み込んだ土地利用のマネジメント、さらにはエリア・マネジメントをどのように組み立てるかが課題

---

<sup>18</sup> 以上の「公共の福祉」概念の分析について詳しくは、山野目章夫編『新注民法（1）総則（1）』（有斐閣、2018年）115-119頁、129-130頁〔吉田克己〕参照。

となる。土地利用のマネジメント等は、規制だけで実現できるわけではなく、一定の土地利用への誘導が必要となる。また、誘導を中心とする対応策を講じる前提として、土地の適正な利活用を土地所有権に内在するソフトな社会的責務として語ることも問題となろう<sup>19</sup>。

②土地利用の非効率性への対応には、過少利用とはまた異なる困難性がある。たとえば、都市の縮退とコンパクトシティの実現は、土地利用の非効率性に対する対応策として実効的なものであり、人口減少社会の深刻化を踏まえると、その実現が強く望まれる。しかし、その実現のためには、住民の居住地の移転、具体的には都心部への転居が要請されることがある。そこに強制的な契機が入ると、住民が現在の居住地（ふるさと）に住み続ける利益（権利）を侵害するという評価も可能になってしまうのである。ここでも、強制ではなく誘導を中心とする対応策が必要である。他方で、地方公共団体の深刻な財政難の下でどのようにして誘導を行うのかは、困難な課題である。財政的誘導以外にも、多様な誘導方策を工夫する必要があろう。

負の外部性の新たな問題構造を踏まえた以上のような方策を具体的に展開することは、今後の課題に属する。

## 2 正の外部性確保を根拠とする不動産所有権の制限

### (1) 基本的考え方

不動産所有権の使用収益権能は、次に、良好な不動産利用を維持し継続するという公共的な利益を確保するという観点からの制約を受け入れる。ここで問題となるのは、後述の緑地保全や景観保全のように、ある特定の不動産利用形態の維持・実現に基づく正の外部性の確保である。この類型の不動産所有権の制約は、人口減少社会の到来と土地の過少利用という現象に対応するものではない。むしろ、社会の成熟と自然環境・都市環境の重要性の認識に伴って生じてきた要請と言うべきである。

この使用収益権能の制約は、土地の外部にある要請に基づく制限であり、いわば土地所有権の外在的制約である。日本の実定法を素材として例を挙げると、緑地保全のための緑地保全地域（都市緑地法 5 条以下）や特別緑地保全地区（同法 12 条以下）の制度などが存在する。これらの地域や地区が指定されると、良好な都市環境の維持を確保するために、区域内の土地所有者は、土地所有権の行使に関して、強い制約を課される。また、地域地区の指定ではなく、特定の不動産を対象として環境保全の観点から強い所有権規制がかかることもある。そのような例としては、良好な景観を確保するための「景観重要建造物の指定」（景観法 19 条）を挙げることができる<sup>20</sup>。

<sup>19</sup> 以上のような問題意識は、端緒的には、吉田克己「都市縮小時代の土地所有権」土地総合研究 23 巻 2 号（2015 年）47 頁で述べた。空き家問題・空き地問題を素材とした多少具体的な展開については、吉田克己「人口減少社会と日本都市法の課題」吉田・前掲注（7）393-396 頁（初出は 2016 年）参照。

<sup>20</sup> これらについては、「保全財」という名称を与えた上で、一定の検討をしたことがある。吉田・前掲注（1）17-20 頁。また、吉田克己「空き家問題と土地所有権論」吉田・前掲注（7）234-236 頁（初出は 2016 年）も参照。

これらの所有権への制約を正当化するのも、公共的利益＝「公共の福祉」である。しかし、ここでの「公共の福祉」(α)は、1で扱った負の外部性の調整原理としての「公共の福祉」(β)とは異なる。βが不動産所有権の内在的制約を明確にする趣旨の法理(権利内在的制約)であるのに対して、αは、不動産所有権の外からそれを制約する法理(権利外在的制約)として機能するからである。ここから、規制実施手段における次のような差異も生じてくることになる。

## (2) 規制の実施

### (a) 法律の必要性

まず、公共的利益の確保のためにこれらの規制を行うには、法律によることが必要であると考えられる。負の外部性への対処の場合には、条例による規制も可能であると先に論じた。ところで、上に例示した緑地保全や景観確保に関わる規制は、都市環境・都市景観保全という公共的性格を持つ利益の実現を目指すのであって、土地利用の負の外部性に基づく規制ではない。それらは、不動産所有権の正の外部性を確保するための規制である。負の外部性の回避が土地所有権の内在的制約となりそれがゆえに土地所有権の制限を可能にするのに対して、正の外部性は、それ自体としては土地所有権の制約原理とはならない。それゆえ、正の外部性に基づいて土地所有権を制限するためには、その外側にその正当化原理を求める必要がある。先に触れたように、「公共の福祉」がその正当化原理となるが、その意味内容は、負の外部性の場合と異なるのである。そして、権利外在的な「公共の福祉」に基づく不動産所有権の規制については、法律によることが必要だと考えるべきである。

### (b) 社会的コンセンサスと補償の必要性

このような視角からは、この種の不動産所有権への制約のためには、さらに、利害関係人の参加を含めた民主的手続きを確保し、社会的コンセンサスを得ることが望ましいと考えられる。公共的利益の社会的有用性(公共の福祉)という実体的価値に基づく正当化に加えて、プロセスの正統化を図るということである。

また、これらの規制については、負の外部性に基づく所有権制限とは異なり、補償が必要だと考えられる。不動産所有権に外在的な根拠に基づく、不動産所有権に基づく財の帰属を実質的に否定するような強い規制が課されるからである。現に、緑地保全地区等の上に掲げた制度については、補償の可能性が定められている(都市緑地法10条1項、16条、景観法24条、32条2項)。

## 3 適正な利用・管理への所有者の責務

不動産の負財化の中で、不動産の物理的・法的な適正利用・管理への要請が高まっている。社会的レベルでの不動産の負財化は、これらの適正な利用・管理を阻害する方向で機能する。したがって、それに抗して土地の適正な利用・管理を確保するためには、経済的な、あるいはその他のインセンティブを付与して不動産所有者を誘導するか、法的な義務づけを課してその方向に強制するか、ということになる。ここでは、後者を取り上げる。

この領域でとりわけ議論の対象になっているのは、相続登記の義務化と、土地所有者の責務の明定である。

#### (1) 相続登記の義務化

##### (a) 相続登記義務化という論点の提示

上記の過少利用は、物理的レベルにおける不動産の管理不全を示しているが、不動産の管理不全は、法的なレベルでも存在する。現下の喫緊の課題である所有者不明土地問題との関係でとりわけ問題性を指摘されるのは、相続未登記問題である。そして、この問題への対応として、相続登記の義務化の可能性が論じられている。

法務省の主導で設置されたいわゆる「在り方研究会」<sup>21</sup>においても、この論点が取り上げられた。当初は、「権利に関する登記の申請の義務化」が問題とされていた<sup>22</sup>。しかし、最終報告である『研究報告書』では、相続による所有権移転を「登記に反映させるために必要な登記申請」をする「公法上の義務」の可否が問題とされており<sup>23</sup>、問題を取り上げる枠組みが変わったようにも見える。

##### (b) 相続登記義務化の正当化根拠

問題は、このような登記申請を義務的なものとすることの正当化根拠をどのようなところに求めるかである<sup>24</sup>。

①市民社会の構成員が形成する法律関係は、基本的には私的自治に委ねられるものであり、私的領域に属するものと扱われる。したがって、私的な権利について優先関係を定める対抗要件としての登記について、その申請を義務化するというのは、その正当化が難しいと言わざるをえない。

②しかし、そのような法律関係も、公共的関心の対象になることはありうる。法律関係の当事者以外の者の利害にも影響を及ぼしうる場合である。そのような場合には、関係者は、法律関係の変動に関する情報提供の義務を負うことがある。

そのようなものとして、典型的には、法主体にかかわる法律関係の変動を挙げることができる。たとえば、法主体の発生と消滅を意味する出生と死亡は、他者の利害にも影響するところが大きいと、公共的関心の対象になり、出生届、死亡届によって、公共団体への情報提供を義務づけられる（出生については戸籍法 49 条、52 条、死亡については同法 86 条、87 条）。そして、それに基づいて、戸籍による「公示」（プライバシーとの緊張関係があるために、限定的なものであるが）がなされるわけである。出生による権利能力の取得、死亡による権利能力の喪失という法律関係変動の効力は、出生・死亡という事実によって生じる

<sup>21</sup> 前掲注 (4) 参照。

<sup>22</sup> 第 3 回会議事録（『「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」中間取りまとめの概要』〔金融財政事情研究会、2018 年〕）65 頁参照。

<sup>23</sup> 前掲注 (4) 『研究報告書』13 頁。

<sup>24</sup> 以下のこの項目における記述は、吉田克己「所有者不明土地問題と土地所有権」同前掲注 (7) 85-87 頁（初出は 2018 年）の記述に基づいて、その後の事態の進展も踏まえて若干の補正を行ったものである。

のであって、届出に基づく戸籍への記入によるのではない。また、そのような公共的性格を持つ行為であることを反映してであろうが、これらの届出について手数料は要求されない。

③相続登記についてはどうであろうか。相続に伴う所有者の変更が公共的関心の対象となるのだとすれば、その点に関して関係者に公的機関への情報提供義務を課すという考え方は、十分に成り立つ<sup>25</sup>。そして、現在の所有者不明土地問題の状況を踏まえるならば、公的機関による所有者変更に関する情報把握には、十分に公共的な意義があると考えてよいであろう。その上での問題は、日本の場合に、相続登記にそのような情報提供の役割を割り振るのが適切な制度設計であるかである。

登記による権利関係の公示は、対抗要件として権利関係に関する争いの解決基準になるというのが本来の機能である。この機能の発揮が、当事者のイニシアティブに委ねられるのは、前述のように当然のことである。他方で、登記による公示は、同時に、権利関係に関する情報を公的主体および公衆に対して提供するという公共的機能も備えている。これは、登記の副次的機能と整理することができる。相続登記については、今回の相続法改正前の法状況においては、対抗要件として機能する場が、きわめて縮減されていた。これに対して、今回の相続法改正は、相続登記の意義を大きくする方向での制度改正を行った（新899条の2）。これによって相続登記が活性化すると、所有者変更などの権利関係に関する情報提供という相続登記の公共的性格も強化されることになる。それは、望ましい方向である。

問題は、反対に、相続登記の公共的性格を強調し、それを根拠に相続登記の申請を義務化すべきかである。この義務化を行う場合には、副次的機能を根拠に、登記制度がその本来の機能を果たすために備えている考え方を抜本的に覆すことになる。対抗要件という本来の機能を発揮する登記を義務づけるという考え方は、登記制度には存在しない。このようにして、相続登記の副次的な公共的機能を根拠とする相続登記の義務化は、やはり正当化が困難といわなければならない。

④登記の公共的機能を根拠とする義務づけという場合に、より適切なのは、表示登記のように思われる。表示登記は、不動産の物理的状況等を示すことによって、権利の客体である不動産の同一性識別を可能にし、権利登記の前提となる。それはまた、国土の構成要素である土地の現況を示すという点で、公共的意味を持っている。それ故に、表示登記の申請は義務とされ、その審査も含めて職権主義が採用されているのである。

現在の表示登記には、権利関係の現状を明らかにするという機能は含まれていない。しか

---

<sup>25</sup> フランスの 1955 年デクレの下での土地公示は、相続登記に限らず土地公示一般について、そのような考え方に立脚している。次の引用を参照されたい。「1955 年デクレは、原則を転換した。……（このデクレの）立法者は、不動産財の状況に関する基本的情報の完全で首尾一貫した媒体として土地公示制度を確立しようと望んだのである。この目標は、制度目的における変化を明らかにしている。一般利益が個別利益に優先するのである。このようにして、公示の欠如は、それが対抗不能という制裁を課されるか否かにかかわらず、土地公示に服する者すなわち裁判所補助官職（典型的には公証人——引用者注）について、民事責任を追及される危険にさらすのである」（Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 7e éd., Dalloz, 2016, no.868, p.791）。

し、表示登記の機能を拡大して権利関係にも及ぼし、権利関係の変動について申請義務を課すという議論はありうるであろう。たしかに、これは、表示登記の機能を変えるものである。しかし、ここでは、権利登記の位置づけを変えることと比較していずれに無理がないかを問うことになる。

さらに、この延長線上には、相続登記の活用という発想を超えて、登記以外の公的帳簿への所有者情報提供の義務化と、そのような公的帳簿を通じた相続財産の所有者情報の提供という方向もありうる。これも、検討に値する考え方である。

⑤『研究報告書』における登記申請に関する「公法上の義務」が、どのような登記とリンクさせられているかは必ずしも明確ではない。問題検討の経緯からすると、権利登記の申請に関する義務と捉えるのが通常の理解なのかも知れない。しかし、対抗要件としての権利の義務化の正当化が困難であることは、前述したところである。『研究報告書』における公法的観点の強調という論理からすると、表示登記とのリンクの可能性もありそうである。仮にそのような理解が妥当だとすると、本稿で提示している構想と、指向性において共通のものがあると評価することが可能である。

#### (c) 違反の場合の効果

登記申請「義務」に違反する場合にどのような効果が導かれるかも、上記の義務化正当化の論理との関連で検討する必要がある。

相続登記義務化の論点検討の過程においては、違反の場合の効果に関しても、いくつかの考え方が提示された。その詳細に立ち入ることは避けるが<sup>26</sup>、義務違反の場合の効果としては、何らかの制裁（サンクション）を課すというのが通常の見解になる。そこには種々の検討すべき問題がある<sup>27</sup>。「在り方研究会」の『研究報告書』においては、過料の可能性のほ

---

<sup>26</sup> ラディカルな構想だけ紹介しておく、「在り方研究会」における検討の過程で、相続登記を効力要件とするという問題提起がなされたことがある。すなわち、被相続人の死亡による相続人への不動産の権利承継は、登記をしなければ効力を生じないものとするわけである。この構想は、相続登記義務化とはやや次元を異にするものではあるが、登記欠如の場合に不利益を課するという発想においては共通のものがある。しかし、結論的には、相続登記についてこの方向を採るのは無理であろう。何よりも、被相続人の死亡によって、全相続財産について相続承継すなわち権利承継の効力が発生しているというのが日本相続法の大原則であるはずなのに（包括承継の原則）、その原則を否定することになるからである。相続登記を効力要件にするという制度改正の構想は、まず前例がない。また、相続登記がなされるまで相続人による所有権承継を否定するとすると、その間の所有権の帰属主体が宙に浮いてしまい、管理主体が存在しないことになってしまうという問題点も生じる。このような問題点があるので、この構想が受け入れられる可能性は、まずないであろう。「在り方研究会」においても、結局賛同者がいなかったということで、この方向は採用されなかった。前掲注（4）『研究報告書』9頁参照。

<sup>27</sup> 罰則の程度をどの程度のどのような内容のものにすべきか、どのようにしてマンパワーと予算を確保してこの罰則を実効的に発動していくことができるのか、過料を科すとする場合に、過料を納めるだけで違法状態は継続していくということでのよいのか、遺産分割の期限が限定されていないこととの関連で義務履行の期限をどのように考えればよいのか、など。

か、民事実体法上の不利益の付与、他方でのインセンティブの付与等多様な方策の可能性を検討することが提案されている<sup>28</sup>。根本的には、これらの制裁に実効性があるか、また、その制裁には正当性があるかという観点から、制度のあり方を検討することになる。

若干のコメントだけ述べておくと、まず、この義務の履行を促進するために、制裁とともに履行へのインセンティブ措置を組み込むという発想は、基本的に正当である。『研究報告書』は、具体的には、登記手続の簡略化と登録免許税の減免措置を挙げている<sup>29</sup>。もつとも、これらのうち、後者については、次の点を指摘すべきである。すなわち、公共的観点から所有者情報の提供を求めている以上、インセンティブ措置を講じるというよりも、その手続は、基本的には無償でなされるのが当然と考えるべきである。それは、先に述べたように、同じく公共的観点からの情報収集の意味を持つ出生・死亡の届出については、手数料が不要であるのと同じことである。

また、公法上の義務違反である以上、過料という制裁は、当然にありうるものである。また、行政上の手続に関する不利益扱い<sup>30</sup>も、当然にありうるであろう。他方で、民事実体法上の不利益を与える規定の創設については、民事実体法の観点からの慎重な検討が必要である。たとえば、『研究報告書』は、実体と一致しない登記を信じた第三者に対して、当該登記が実体と一致しないことを対抗することができないとする規律を設けるという問題提起を行っている<sup>31</sup>。公法上の義務違反の事実を権利者の帰責事由判断の一要素とすることは当然にありうるとしても、民法94条2項の類推適用との比較からも、その具体的判断は判例に委ねるのが適切であろう<sup>32</sup>。

最後に指摘すべきは、以上のような制裁が実効性を持つのは、当該不動産が財産的価値を失っていない場合に限られるということである。ところで、相続未登記が問題になるケースの多くは、当該不動産が負財化している場合である。この場合には、相続登記にかかる費用と過料とを比較して過料のほうが安価であれば、過料を負担しても相続登記を放置するほうが、合理的な選択になる。また、第三者の信頼保護についても、負財の場合にはそもそも第三者が現れない可能性が大きいし、仮に現れて第三者の登記への信頼が保護されるとしても、登記に現れない所有者は、何の痛痒も感じないことを指摘しうる。結局、負財について相続登記または他の何らかの手段で所有者変更情報を把握しようとするれば、ある程度の財政負担は覚悟して、何らかの手段によって積極的な情報収集を行いその公表を図ったり、それに基づいて職権登記を行ったりする必要があるであろう。

## (2) 土地所有者の適正な利用への責務

<sup>28</sup> 前掲注(4)『研究報告書』20-24頁。

<sup>29</sup> 前掲注(4)『研究報告書』20頁。

<sup>30</sup> 前掲注(4)『研究報告書』21頁は、通知方法として登記簿上の所有権の登記名義人への通知で足りるものとするなど挙げている。

<sup>31</sup> 前掲注(4)『研究報告書』23頁。

<sup>32</sup> 民法94条2項の類推適用を明文で民法に規定するという立法政策を採用する場合には、本文の判断はまた別のものになる。

#### (a) 過少利用と土地所有者の責務

同じく負の外部性（外部不経済）への対処といっても、過剰利用の場合と過少利用の場合とは、その問題構造が大きく異なる。すでに触れているが、行論の必要上、改めてそれをまとめておこう。

①土地の過剰利用の外部不経済についての対策は、基本的には利用規制である。利用規制の場合には、一点特定型の積極的行為の抑制（たとえば、開発が企画された特定の時点でそれを禁止あるいは制限するという形で規制する）が問題になる。

②これに対して、土地の過少利用の外部不経済への対策は、基本的には適正な利活用の促進である。利活用の促進には、利用規制とは異なる困難性がある。積極的行為の抑制という方向ではなく、適正な積極的行為を求めることが必要になるからである。そのためには、誘導が必要となり、それを支える土地利用のマネジメント、さらにはエリア・マネジメントが必要となる。

土地の過少利用は、物理的な管理不全という形だけではなく、たとえば相続登記未了のような法的管理不全という形でも現れる。しかし、これが外部不経済をもたらしうることは、物理的管理不全と同様である。そして、この外部不経済を除去するためには、これも同様に所有者に一定の行為を求めることが必要となる。

そのような文脈において提示されるのが、土地に関する基本理念の再定位であり、土地所有者に対して土地の適正な利活用への社会的責務を課すという議論である。

#### (b) 土地基本法における「適正利用」と供用義務論

ところで、この土地所有者の責務は、今日とはまったく社会的背景が異なった 1980 年代から 1990 年代初頭のバブル経済期にも問題となっていた。いわゆる「供用義務論」である。当時公表された公的文書に記された次の文章は、供用義務論の基本的考え方をよく表現している。「土地所有権は、本来、利用を保障することを主たる目的とするものであるから、単に土地所有者による土地の利用義務だけではなく、自分で利用できない場合には、他人の利用に供するという義務まで含めた『土地所有者の供用義務』という言葉を用いて、土地所有権の内在的制約を考えるべきである」<sup>33</sup>。このように、1980 年代の供用義務論は、所有者自身の利活用義務と同時に、自ら利活用できない場合には、それが可能な他人に土地利用を委ねる義務をも想定する議論である。この議論において他人として想定されるのは、不動産デベロッパーである。

1980 年代初頭のこの議論は、1988 年に公表された『土地臨調答申』にも受け継がれている<sup>34</sup>。そして、『土地臨調答申』を受ける形で、土地基本法が成立する（1989 年）。同法が当時のバブル経済の下での深刻な地価高騰現象に対する処方箋として提示したのは、土地に関する基本理念について国民的コンセンサスを確立することであった。土地基本法は、「適正な土地利用の確保」と「適正な地価の形成」を図るための土地対策を総合的に推進すると

<sup>33</sup> 国土庁土地局監修『明日の土地を考える』（ぎょうせい、1983 年）12 頁。

<sup>34</sup> 土地臨調答申については、本間義人『土地臨調——土地・住宅問題の改革と展望』（御茶の水書房、1998 年）を参照。



いう形で現下の土地問題に対処することを目指し、そのために、まずもって「土地についての基本理念」を法律で定めるものとしたのである（1条）。そして、その基本理念として、まず「土地についての公共の福祉優先」が重要視され（2条）、この大原則を具体化する形で、適正な利用および計画に従った利用（3条）、投機的取引の抑制（4条）、価値の増加に伴う利益に応じた適切な負担（5条）の諸理念が列挙されたのである。そして、これらの基本理念を実質化するという観点から、国および地方公共団体の責務（6条）、事業者の責務（7条）、そして国民の責務（8条）が規定された。本稿の文脈において重要なのは、国民も、土地の利用に当たっては、「適正な利用および計画に従った利用」という理念を尊重すべきことが謳われたことである。ここには、供用義務論の発想を受ける形で、土地所有者の責務論が具体化している。

土地基本法については、過剰利用に対する規制強化を目指す基本立法として成立したという理解がしばしば説かれる。しかし、土地基本法をそのような性格の立法と捉えるには、慎重であるべきである。むしろ、土地基本法が提示するのは、『土地臨調答申』の政策理念を踏襲した開発促進・土地の過剰利用志向型の土地政策とそれを支える土地所有権論であると見るべきである。だからこそ、土地政策において追求されるべき諸理念だけでなく、国民の責務が書き込まれたのだと理解しうる。土地基本法に内在する論理に従えば、地価に対応した利用こそが適正な利用である。しかし、それは、過剰利用に他ならない。そのような利用が、計画を媒介とした国民の責務として追求されるのである<sup>35</sup>。そこには、単なる規制を超えた誘導の論理が内在している。

#### （c）現在求められる土地所有者の責務論と公共の福祉

##### （i）供用義務論と現在求められる土地所有者の責務論

現在問題とされている土地所有者の責務論は、以上のような供用義務論と同根のものであろうか。そうではないであろう。かつての供用義務論は、経済の論理をその基礎に置き、地価に見合った土地利用への土地所有者の責務を語るものであった。これに対して、今日問題になっている土地所有者の責務論は、不動産の過少利用や土地の非効率的な利用の克服を目指すものであり、基本的には近隣住民の生活環境の確保やより広い意味での環境保護を志向するものである。あるいは、そのようなものであるべきである。その意味で、両者の性格は、対蹠的である。

近時成立した「円滑化等特別措置法」は、地域福利増進事業という新しい類型の事業を創設した。この事業は、「地域住民その他の者の共同の福祉又は利便の増進を図るために行われるもの」である（同法2条3項）。この用語を借用すれば、現在問題となっている土地所有者の責務とは、「地域福利」の増進を内実とする「土地の適正利用」を目指すものであるとすべきである。それは、言葉の本来の意味での「土地の適正利用」といってもよい。こ

---

<sup>35</sup> 以上の理解については、吉田克己「現行法のパラダイムと土地基本法」本間義人・五十嵐敬喜・原田純孝編『土地基本法を読む』（日本経済評論社、1990年）37頁以下、同「土地基本法体制論——土地をめぐる企業・市民・国家」・前掲注（7）173頁以下（初出は1991年）などを参照。

のようにして、現時点で問題となる土地所有者の責務論は、1980年代に説かれた供用義務論とはまったく異なるものと位置づけるべきである。再度定式化するならば、供用義務論が過剰利用志向型の土地政策を基礎づけた理念であるとするれば、今日求められる土地所有者の責務論は、地域福利の増進を内容とする土地の適正利用を志向する土地政策を基礎づける理念であるべきなのである。

(ii) 土地所有者の責務論と公共の福祉

土地所有者に一定の責務を課すというのは、それ自体不動産所有権に対する制約を意味する。それでは、この制約は、憲法上の財産権保障との関係で、何か問題を提示するのだろうか。結論的には、ここには憲法上の問題はないと言わなければならない。先に、憲法上の財産権保障の意味について、所有権内在的な制約および所有権外在的な制約でも再定義された「公共の福祉」によるものについては、立法による所有権の制約が可能である旨を述べた。上記で示したような土地所有者の責務は、まさに、この再定義された「公共の福祉」を追求するものである。そうであれば、ここで憲法上の問題が生じる余地はない。

(d) 土地所有者の責務の法的意味

最後にもう1つ検討すべき論点がある。それは、土地所有者の責務という場合、その法的意味をどのように把握すべきかという問題である。この論点を十分に展開しうる紙幅はない。しかし、それでも、簡単にポイントだけは示しておきたい。

①まず、土地の適正利用を内容とする土地所有者の責務が、たとえば土地基本法の改正という形で法律上定められるとしても、それが持つ法的意味については、慎重な考慮が必要である。少なくとも、その違反が明確な法的制裁に結びつくような形でのハードな法的義務としてそれを理解することは、避けるべきである。現行の土地基本法に規定されている土地に関する基本理念も、その点では同様である。

②それでは、この責務はどのような意味を持つのか。結論的には、土地の適正利用を内容とする土地所有者の責務は、ソフトなスタンダードとして機能すべきものである。それは、別の表現を用いれば、所有者不明土地対策を始めとする土地政策に関する具体的政策を議論する際の準拠点として機能し、あるいは市民の行動を評価するための規準あるいは物差しとして機能するものと位置づけるべきである。規準あるいは物差しは、直接に法規範としての効力を持つわけではない。しかし、それでも、それは、人々が行為を行う際の拠り所としての意味を持つ。その法的意義は、強制力を伴う法規範と比べても、決して劣るものではない。そのような強制的な法規範という視角では捉えきれない法現象が、現代の都市法・土地法において、さらにはより広く現代法一般において、顕著になりつつある。ここでの土地所有者の責務も、そのようなものとして位置づけ、議論していくことが望まれる<sup>36</sup>。

---

<sup>36</sup> 以上の点についてももう少し詳しくは、吉田・前掲注(7) 65-66頁、303-304頁、317-318頁、321頁、344-345頁、359-362頁を参照。この議論は、フランスの法理論家カトリヌ・ティビエルジュによって提唱され、この間、フランスの法理論において影響力を増していると思われる「規準としての力 force normative」概念に示唆を受けたものである。この理論についての簡単な紹介として、吉田克己「現代法の相対的把握と国際的理論

### Ⅲ 不動産所有権の帰属への制限

現在議論されている不動産所有権の制限のうち 1つの問題領域は、不動産所有権の帰属への制限である。ここでの所有権制限は、Ⅱで検討した不動産所有権の使用収益権能の制限と比較して、その重大性においてレベルを異にする。所有権の法的構造における帰属と支配という 2つの側面において、帰属が第一義的で、支配＝使用収益権能は、帰属から導かれる性質のものだからである。財産権の帰属を適正な手続と正当な補償なしに奪うことは、憲法による財産権保障の観点からして許されない（憲法 29 条 1 項、3 項）。不動産所有権の帰属への制限という論点を検討する際には、この観点を堅持することが必要である。

この間の検討において問題とされた不動産所有権の帰属の制限には、収用制度の合理化（→1）、利用権の公的取得（→2）と、みなし放棄制度（→3）がある。問題のあり方は、このそれぞれにおいて異なっている。

#### 1 収用制度の合理化

##### （1）制度の内容

収用制度合理化の課題は、公共事業における所有者不明土地問題の深刻化の中で提示された。事業遂行に必要な用地取得が、所有者不明であるが故に困難になるという事態がしばしば生じてきたのである。とりわけ、東日本大震災の復興事業において、この問題が深刻な形で顕在化した。

土地収用法には、このような事態を想定した一定の対策がすでに講じられている。不明裁判制度である<sup>37</sup>。先にすでに触れたことがある「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」（本稿では「円滑化等特別措置法」と呼んでいる）は、これに加えて、さらに収用制度合理化の措置を講じた<sup>38</sup>。一定の土地について、収用に関する特例措置が認められたのである（同法 27 条以下。以下、この項で条数のみ示すのは、すべて同法の規定である）。

特例措置のポイントは、収用委員会の手続を要することなく、都道府県知事の裁定に基づく収用を認めるというところにある。特例措置の対象になる土地を「特定所有者不明土地」というが、これは、所有者不明土地のうち、建築物が存在せず、かつ、業務の用などに供されていない土地を指す（2 条 2 項の「特定所有者不明土地」の定義参照）。建築物が存在する場合などには、定型的な補償算定が困難になるので、特例措置に親しまない。つまり、補

---

交流」法の科学 42 号（2011 年）4-7 頁参照。また、この概念を用いて消費者の権利の分析を行った私の論稿として、吉田克己「消費者の権利をめぐって」消費者法研究 1 号

（2016 年）15 頁以下がある。

<sup>37</sup> その概要については、吉田・前掲注（7）72-73 頁参照。なお、この制度の不十分性と、これとは別に収用制度の合理化を図るべき理由として国会で指摘された点に関して、水津太郎「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法の制定」ジュリスト 1525 号（2018 年）77-78 頁参照。

<sup>38</sup> 以下は、基本的には、吉田・前掲注（7）73-76 頁で論じたことに若干の補正を加えて再録するものである。

償額の算定が容易な土地という観点から「特定所有者不明土地」が定められるわけである。特例を適用するためには、さらに、判明している共有者で反対する者がいないこと、あるいは所有者の全てが不明者であることという限定がかかる（28条1項3号、29条2項）。要するに、所有者不明土地について、反対者の不存在と補償算定の容易性が確保される場合に、補償の内容等について慎重な判断を行うために求められる収用委員会の関与を不要として、特例的に都道府県知事の裁定による収用を認めようというわけである。

土地収用は、土地所有権そのものを公共のために所有者からその意に反しても奪うという性格のものであるから、憲法29条1項の財産権保障との間で鋭い緊張関係を孕んでいる。それがゆえに、収用は、公共的性格を有する特定の事業に限定することを求められ（3条参照）、土地所有者との関係では適正な手続と補償を確保することによって初めて正当化される。これは、収用に関する古典的原則である<sup>39</sup>とともに、日本国憲法上の原則でもある（憲法29条3項）。円滑化等特別措置法の収用特例は、これらのうち、適正な手続にかかわるものである。収用裁定について収用委員会の関与を求める従来の考え方を大きく変えるものだけに、法案審議の過程でも、多くの批判が提示された。それでは、この制度をどのように評価すべきか。

## （2）制度の評価

### （a）批判論

まず、批判論の内容を確認しておこう。次のような点が指摘された。①収用が正当化されるためには、収用委員会という第三者機関による公開審理が不可欠である。②都道府県知事が事業者となり、あるいは事業認定を行う場合もあるから、その場合には、事業者等が収用裁定も行うことになり、不合理である。③現行制度である不明裁決の活用でなぜいけないのか<sup>40</sup>。

これらの批判は、収用制度一般を想定すればまことに正当なものであり、現に、衆議院でも参議院でも、そのような批判を考慮して、「裁定主体である都道府県知事が地域福利増進事業者又は土地収用法に定める起業者となる場合には、裁定の透明性及び公平性が確保されるよう、必要な措置を講じること」という付帯決議がなされた。

### （b）特例措置の必要性和その正当化

しかし、そのような配慮は必要であるにせよ、一定の所有者不明土地について収用特例を設ける必要性は現実に存在すると考えられる。現に、少なくない地方自治体から、円滑化等特別措置法案の国会上程を受けて、この点に関する特例を求める意見書が衆議院議長およ

<sup>39</sup> 典型的には、1789年のフランス人権宣言17条およびそれを受けた1804年のフランス民法典545条を参照。

<sup>40</sup> ①②については、参議院国土交通委員会における嶋津暉之参考人（水源開発問題全国連絡会共同代表）の意見陳述を参照。第196回国会参議院国土交通委員会議録第16号（2018年5月31日）3頁。②③については、衆議院国土交通委員会における宮本岳志議員（日本共産党）の発言を参照。第196回国会衆議院国土交通委員会議録第16号（2018年5月22日）12頁。

び参議院議長に提出されているのである<sup>41</sup>。問題は、そのような必要性に基づく特例措置が、どのような場合にどのような理由で正当化されるかである。2点を指摘しておきたい。

第1に、経済の停滞と人口減少社会の到来を背景に、近時、不動産の財産的価値が低落し、維持管理に必要なコストに見合わないという事態が出現している。負財問題の深刻化である。負財化した土地は、法的管理不全をもたらすことが多く、所有者不明になることが少なくない。このような土地については、土地所有者に帰属すべき交換価値的な財産価値が存在しないことがある（客観的負財）。その点を理由として、収用特例を設けるという制度設計はありうるであろう。土地所有者の権利利益擁護のために設けられる慎重な手続のコストと、擁護される土地所有者の利益の微少性あるいは不存在との間のバランスが取れないということを理由とする特例措置の正当化である。

第2に、居住する場所から遠方に所在する土地を相続するなどさまざまな理由から、所有者がその法的・事実的管理を放置している不動産も近時増加している。これらの財は、「放置財」と呼ぶことができる<sup>42</sup>。これらは、所有者不明土地になっており、公共事業の用地取得の観点から困難な問題を惹起していることが少なくない。とはいえ、放置財化していることだけをもって、収用に関する特例措置を正当化するのは、乱暴との誹りを免れない。伝統的には、自己所有物を利用しないで放置することも、所有権の使用・収益権能に含まれると考えられてきたからである。しかし、放置財は、負財化していることが少なくない。完全な客観的負財化までいかなくても、その土地の財産的価値が相当程度に下落している場合には、先に挙げた手続コストと保護法益とのバランスの観点から、特例措置が正当化されることもあるであろう。

#### (c) 円滑化等特別措置法における収用特例の評価

以上のように、収用特例を正当化しうるとすれば、それは、基本的には負財論の観点によってであるということになる。ところで、円滑化等特別措置法は、先に触れたように、補償算定の容易性を中心として収用特例の要件を組み立てている。このような制度設計が適切なものであるかについては、本稿の観点からは疑義を呈する余地がある。

## 2 利用権の公的取得

### (1) 制度の展開

---

<sup>41</sup> 都道府県レベルでは、京都府、宮城県、佐賀県などから、市町村レベルでは、大阪市、立川市、大津市、東京都板橋区などから、所有者不明土地に関して収用手続の「合理化・円滑化」を求める意見書が提出されている。なお、ここに挙げたのは、インターネットでたまたま発見したものにすぎず、意見書を提出した自治体は、実際にはもっと多数に上るものと推測される。

<sup>42</sup> この概念は、片野洋平「過疎地域に放置される財の状況と対策：不在村者に着目した研究」日本法社会学会 2018 年度学術総会ミニシンポジウム「漁場・農地・森林の過少利用問題と規制改革への視座」における報告で用いられたものである。有益な概念であり、本稿でもそれを借用する。なお、この報告に基づく論稿として、片野洋平「地域社会における放置資産の実態とその対策」土地総合研究 26 巻 4 号（2018 年）103 頁以下参照。

所有者不明土地の利活用を目指して、一定の土地の利用権をその利活用を希望する公的  
主体または私人に取得させるという制度が、この間、一定の領域で展開している<sup>43</sup>。

(a) 円滑化等特別措置法による利用権設定

円滑化等特別措置法は、道路・駐車場、学校その他の教育施設、公民館・図書館、社会福  
祉事業用の施設、病院等の施設、公園・緑地・広場・運動場、被災者居住用住宅など整備の  
事業に「地域福利増進事業」の名称を与えるとともに（2条3項の各号を参照）、この事業  
の実施者は、都道府県知事の裁定に基づいて、特定所有者不明土地の使用権を取得できるも  
のとした（10条以下）。事業主体は、国や地方公共団体などの公的主体に限定されること  
なく、民間事業者も入る<sup>44</sup>。なお、この措置が可能になるためには判明している共有者で反  
対する者がいないこと、あるいは所有者のすべてが不明者であることなどが必要であるこ  
とは（11条4項3号）、収用特例の考え方と同じである。土地使用権の限度は10年間  
であるが（13条3項）、裁定による存続期間の延長も可能である（19条）。事業者は、土地  
所有者に損失補償する必要があるが（16条）、不確知所有者との関係では供託すること  
になる（17条）。

(b) 農地の場合

所有者不明土地について、裁定等を使って利用権を設定し、利用希望者の利用を確保しよ  
うとする制度は、円滑化等特別措置法が主として想定する都市部以外の領域においても見  
出される。早期からそのような制度が展開したのは農地の領域であり、その展開に新たな段  
階を画したのが、農地中間管理機構法制定およびそれと同時に行われた農地法改正による  
現行制度の創設である（2013年12月）<sup>45</sup>。

この制度の下で、まず、農業委員会は、遊休農地（農地法32条1項。以下、この項にお  
いて条数のみで示すのは、すべて同法の規定である）および現時点では遊休農地ではないが  
耕作者不在となるおそれがある農地（33条1項）について、その農地の所有者に対してそ  
の農地の農業上の利用の意向についての調査を行うものとされる。そして、その農地の所有  
者を確知することができない場合には、農業委員会は、その農地を特定した上で、その農地  
の所有者等は、その権原を証する書面を添えて、農業委員会に申し出るべき旨を公示する  
（32条3項、33条2項。公示期間は6ヶ月）。それにもかかわらず所有者等の申出がない  
場合には、農業委員会から農地中間管理機構に対してその旨の通知が行われ、それを受けて、  
農地中間管理機構は、都道府県知事に対して、当該農地を利用する権利（利用権）の設定に  
関して裁定を申請することができる（43条1項）。都道府県知事は、必要があると認める

---

<sup>43</sup> 以下は、(2) も含めて、若干の補正を加えつつ吉田・前掲注(7) 76-79頁を再録する  
ものである。

<sup>44</sup> 国土審議会土地政策分科会特別部会『中間とりまとめ』（2017年12月）  
（<http://www.mlit.go.jp/common/001213928.pdf>）8頁。

<sup>45</sup> この問題についての詳細は、原田純孝「農業関係法における『農地の管理』と『地域の  
管理』——沿革、現状とこれからの課題(3)」土地総合研究26巻2号（2018年）93頁  
以下参照。

ときは、利用権の始期および存続期間や借賃に相当する補償金の額を定めて、利用権を設定する裁定を行う（43条2項、39条）。利用権の期間の上限は5年である（43条2項、39条3項）。農地中間管理機構は、この利用権に基づいて、当該農地を地域農業の担い手に貸し付けることになる。

以上の制度は、近時の農業経営基盤強化促進法の一部改正による農地法改正（2018年5月11日）によって強化された。2点の改正が重要である。①遊休地等の所有者を確知することができない旨の公示を行うにあたっての所有者探索手続が合理化された（新32条2項、3項）。従来の手続が重すぎたことの反省に立つ改正である。②都道府県知事の裁定によって農地中間管理機構に設定される利用権の存続期間の上限が20年に延長された（新39条3項）。これも、従来の5年という期間が短すぎるという反省に立った改正である<sup>46</sup>。

#### （c）森林の場合

森林に関しても所有不明土地問題は深刻である。2013年の森林法改正によって制度化された共有者不確知森林に関する裁定制度は、この領域での最初のまとまった法的対応策であった。この制度は、森林共有者の一部に確知することができない者（不確知森林共有者）がいる場合に、森林共有者で知っている者（確知森林共有者）が、不確知森林共有者から立木の持分や土地使用権を取得するために、まず市町村長に公告による不確知森林共有者の探索手続を講じるべきことを申請することを認めた（森林法10条の12の2。以下で条数のみを示すのは、すべて同法の規定である）。公告に応じた不確知森林共有者の申出がない場合には、確知森林共有者は、都道府県知事に対して、立木持分または不確知土地使用権の取得に関して裁定を申請することができる（10条の12の4）。そして、都道府県知事の裁定によって、申請した確知森林共有者は、立木持分または不確知土地使用権を取得する（10条の12の6）という仕組みである。これらの権利を取得した確知森林共有者は、権利取得の対価としての補償金を不確知森林共有者のために供託する（10条の12の7）。この制度は、あくまで確知森林共有者が不確知森林共有者から土地利用権等を取得するための手続を制度化するものである。

近時（2018年5月25日）成立した森林経営管理法<sup>47</sup>は、森林経営一般について、抜本的な改革を実現した立法であるが、所有者不明土地問題への対応という意味でも注目される。同法は、地域森林計画の対象になる森林について、市町村が経営管理権集積計画を定め、森林所有者から経営管理権を取得した上で、自ら経営管理を行い、または経営管理実施権を民間事業者に設定する等の措置を講じることによって、林業経営の効率化および森林管理の

---

<sup>46</sup> この利用権設定に関しては、静岡県東伊豆町（889㎡。2017年2月）と青森県五戸町（4738㎡。2017年3月）で実際の適用例が出て、大いに注目されている。静岡県の事例は、<http://www.maff.go.jp/j/keiei/koukai/attach/pdf/yukyu-18.pdf>において、青森県の事例は、<http://www.maff.go.jp/j/keiei/koukai/attach/pdf/yukyu-19.pdf>において閲覧することができる。

<sup>47</sup> 同法の概要の説明として、農林水産省林野庁林政部企画課「森林経営管理法の概要」市民と法114号（2018年）10頁以下がある。

適正化の一体的促進を図ることを目的とする（森林経営管理法 1 条。以下で条数のみを示すのは、すべて同法の規定である）。農業における構造政策と同様に、効率的大規模林業経営育成の方向を明確に打ち出す立法である。しかし、経営管理権集積の媒介機関となるのが、農地の場合には農地中間管理機構であるのに対して、森林の場合には市町村であるという違いがある。また、経営的に成り立たず民間が引き受けない森林については市町村が自ら経営管理を行う仕組みになっている点も注目される。

同法は、共有者不明森林については、市町村による共有者の探索（10 条）、経営管理権集積計画等の公告（11 条）を経て、公告から 6 ヶ月内に不明森林共有者が異議を述べなかった場合には、当該不明森林共有者は、経営管理権集積計画に同意したものとみなすものと定めている（12 条）。所有者不明森林については、市町村による所有者の探索（24 条）、経営管理権集積計画等の公告（25 条）、市町村長による都道府県知事への裁定の申請（26 条）、都道府県知事による裁定（27 条）を経て、不明森林所有者は、経営管理権集積計画に同意したものとみなすものとされる（28 条）。共有者不明森林ケースのほうが、所有者不明森林ケースよりも手続が軽いものになっているわけである。

## （2）制度設計に当たっての留意点

所有者不明土地問題が深刻な形で登場する背景には、一般的に言えば、土地の負財化現象が存在する。しかし、本項で取り上げた所有者不明土地は、誰にとっても利用価値がない「絶対的負財」というわけではなかった。むしろ、ここで問題になる土地には、少なくともある者にとっての利用価値が認められる土地である。その利活用促進が可能である土地であることからすると、それはある意味で当然である。その意味でそれは「相対的負財」にすぎない。そしてそれは、その土地には客観的価値が認められることを意味する。したがって、それは、財にプラスの客観的価値が存在せず、マイナスの価値しか存在しない「客観的負財」ではない。

そうであれば、利用権の公的取得を追求する際には、憲法上の財産権保障との緊張関係を常に意識する必要がある。そこから、少なくとも次の 2 点の要請が生じてくる。

### （a）使用権等の設定を認められる主体が行う活動の公共的な性格

第 1 は、使用権等の設定を認められる主体が行う活動には公共的な性格が認められる必要があるということである。この点は、円滑化等特別措置法における地域福利増進事業が最も明確である。この事業は、収用適格事業よりは広い範囲で認められ、また、民間事業者を主体とすることも認められる。しかし、それでもやはり、事業には地域にとって公共的性格が認められることが必要なのである。この点に関して、日本不動産学会等の 3 学会は、「完全な私的利用であっても、土地利用希望者の申請に基づき、公共団体が所有者不明土地の所有者の意思を代行し、土地利用希望者に対し土地の売買や賃貸をする制度を設け、所有者不明土地の利用を促進する」との提言を行っている<sup>48</sup>。しかし、公共性要件をまったく放棄す

<sup>48</sup> 日本不動産学会・都市住宅学会・資産評価政策学会「所有者不明土地問題の発生原因と



るその提言は、ここでの問題状況から見て、行き過ぎというべきである。

農地や森林についての利用権設定については、中間管理機構を介したり市町村を介したりしても、最終的には、私的経営者が利用権に基づく経営を行うことになる。ここでは、現在、農業や林業が直面している危機的状況を踏まえるならば、農業や林業が地域に存続すること自体に公共的意味がある（環境、防災、地域経済の維持……）という評価を行うべきである。そうであれば、ここでの利用権設定措置には、十分な正当化根拠があることになる。

#### （b）不確知所有者に与える権利侵害の度合いの最小化

第2は、不確知所有者に与える権利侵害の度合いをなるべく小さくする必要があるということである。利用権の公的取得の場合には、不確知所有者に対する権利侵害の度合いは、収用などによる所有権剥奪よりも相対的には小さい。したがって、その手続は、収用よりは軽いものであってよいであろう。その法的性格も、収用とは異質なものと理解したほうがよい。利用権設定については、その法的性格を収用に引きつけて理解するのか、それとも不確知所有者または不確知共有者の意思の擬制を根拠として理解するのかが問題になる。上記の観点からは、後者の理解が適切である<sup>49</sup>。

しかし、利用権の設定に止めるといっても、それが所有権に対する一定の侵害をもたらすことは否定できない。それを緩和するものは、ここでもやはり対象財産の客観的負財性あるいは財産的価値の微少性である。しかし、所有者不明土地の利用促進を最終的に私的主体に委ねる場合には、その収益性が当然に問題になり、収益性が高い土地には、それなりの財産的価値がある。ここで問題となる土地が「客観的負財」でないことは、先にも一言した。したがって、ここには、解決しがたいジレンマがある。要請される利用促進が当該地域に与えるプラスの影響等を勘案しつつ、両者の適切なバランスを探求するという以外にはないであろう。

### 3 みなし放棄制度

#### （1）検討の必要性の提示

所有者不明土地の利活用を図るためには、上記の収用制度の活用や利用権の設定のほか、管理放棄状態にある所有者不明土地について、所有権放棄の意思を認定して、国（またはそれに代わる公的主体）がその土地を取得するという方策も考えられる。これが「みなし放棄」制度である。

「在り方研究会」の『中間とりまとめ』は、この点に関して、「所有者不明土地の中には、

---

その解決のための法政策（第一次提言）——所有者不明土地の解消に向けた抜本的な法整備を」（2018年4月25日）<http://www.uhs.gr.jp/annai/180425teigen.pdf>

<sup>49</sup> 実際、近時の立法は、この観点で利用権設定を説明する傾向にある。森林については前述した（森林経営管理法12条、28条）。共有者不明農地に関しては、一定の手続を経て、農用地利用集積計画への同意（利用権の設定を意味する）が擬制される（2018年の法改正によって新設された農業経営基盤強化法21条の4）。円滑化等特別措置法における使用権の設定も、明示されていないが、同様に考えるべきであろう。

土地所有者が土地の管理を事実上放棄しているものも多く存在すると考えられることから、一定期間にわたり管理がされていない土地について所有権が放棄されたものとみなすといった、みなし放棄制度の導入の是非についても検討することとした」と述べ、この論点を検討することを明示した<sup>50</sup>。また、自民党政務調査会の特命委員会とりまとめにおいても、「……長期間放置された土地の所有権のみなし放棄制度について、関係省庁が一体となって検討を行うべきである」との提言がなされている<sup>51</sup>。

## (2) 制度の評価

### (a) 問題の所在

公共事業実施等のために、公的主体が所有者不明土地の取得を望む場合に、土地所有権放棄制度の活用は可能であろうか。

土地所有権の放棄の可否については議論がありうるが、受入れ主体が同意している場合については、土地所有権放棄を否定する必要はない<sup>52</sup>。したがって、実際に、所有権放棄の明示の意思表示が行われる場合には、国等の受入れ主体がその土地の所有権を取得することについて、問題はない。しかし、所有者不明土地に関わる場合には、所有権放棄の明示の意思表示を期待することは、現実には不可能である。

ありうるとすれば、黙示の意思表示の認定である。しかし、所有権放棄の黙示の意思表示の認定については、利用しないで放置することも所有権の権能に含まれると一般的に考えられている以上、単なる管理放棄でそのような黙示の意思表示があると認定することは難しい。

みなし放棄制度は、このような黙示の放棄意思の認定が可能にならない場合を想定し、そのような場合であっても放棄意思を擬制するものである。みなし放棄が認められれば、所有者不明土地の利活用の観点からその土地の取得を望む公的主体にとっては、きわめて好都合である。煩瑣な手続を要せず、かつ、補償もなしにその土地を取得できるからである。しかし、それは、実質的には、所有権の剥奪に他ならない。そうだとすれば、そこには、憲法上の財産権保障との鋭い緊張関係が存在する。

### (b) みなし放棄制度正当化の可能性

みなし放棄制度は、このように、見方によっては、収用手続をカットした所有権取得である。この正当化が可能になるような場合がありうるであろうか。それがありうるとすれば、財産的価値と比較して明確に負担のほうが大きいような「客観的負財」についてだけではないか。広げても、「客観的負財」に準じるとの評価が可能な財（「準客観的負財」）までであ

---

<sup>50</sup> 前掲注(22)所収の『中間とりまとめ』6-7頁。

<sup>51</sup> 自由民主党政務調査会「所有者不明土地等に関する特命委員会とりまとめ～所有から利用重視へ理念の転換『土地は利用するためにある』～』（2018年5月24日）<https://www.jimin.jp/news/policy/137416.html>

<sup>52</sup> この点については、本書第Ⅱ部における第248条の2（所有権放棄に関する規定）の新設提案の解説を参照。

ろう。

そうであるとする、みなし放棄制度には、解決困難なジレンマがあることになる。公共事業の実施等促進という現在の検討の文脈においてみなし放棄制度の適用が要請される所有者不明土地は、一定の利用価値と財産的価値が備わっていることから客観的負財性を否定されるのが通常である。それゆえ、ここでは、みなし放棄制度の適用が法理論的に正当化されない。これに対して、みなし放棄制度の正当化が可能な客観的負財については、そもそもみなし放棄制度を適用する必要性に乏しいのである。

結局、みなし放棄制度の創設は、法理論的にその正当化が困難であるか、正当化が可能である場合にはその意義に乏しいということになる。しかし、そのように考えても、利活用が可能であり、それゆえ一定の財産的価値が認められる所有者不明土地の公的取得が不可能になるわけではない。必要があれば収用制度を用いることができるし、例外的かもしれないが実際に所有権放棄意思を認定することができる場合には(この場合には、憲法 29 条 1 項、3 項との緊張関係は生じない)、それを通じた土地取得が可能だからである。

(c) 「在り方研究会」の『研究報告書』における慎重なスタンス

「在り方研究会」は、前記のように、この制度検討の必要性を指摘し、その検討を行った。最終報告である『研究報告書』においては、結論的には、この制度の導入に慎重なスタンスが表明されている。

①みなし放棄制度は、所有権の消滅時効制度と実質的には共通するものがあるので、近代法において所有権の消滅時効が認められていないこととの整合性が問題になる。②複数の土地を所有する者が、所有するすべての土地を使用・管理することは現実的に困難である場合があり、長期間土地を使用・管理していないからといって、土地所有権を放棄したものとみなすことができるかという問題がある。③国や地方公共団体を帰属先機関とする場合には、みなし放棄制度を認めると、土地収用制度の厳格な手続を経ずに、これらの機関が土地所有権を取得することができることになる。そのような制度は、憲法の財産権の保障(憲法 29 条 1 項)との関係からも、慎重に検討する必要がある。これらが、みなし放棄制度の導入に慎重なスタンスを採るべき理由である<sup>53</sup>。

それらはいずれも納得のいく理由であり、『研究報告書』のみなし放棄制度に対する慎重なスタンスは、正当というべきである。

---

<sup>53</sup> 前掲注(4)『研究報告書』56頁。なお、同報告書は、不明共有者の持分の有償移転や財産管理制度における供託を活用した財産の処分について、みなし放棄制度の難点を克服しながらその趣旨を実現しようとするものであるという位置づけを与え、また、共有持分の取得時効を類似の効果をもたらす制度として捉えて、それらの制度の検討の中で、みなし放棄制度を引き続き検討するものとしている。同報告書 56-57 頁。みなし放棄制度を引き続き検討するという部分の趣旨は今一つ不分明であるが、上記の制度の検討自体は、所有者不明土地問題への対処という観点から、有益であろう。