

## 所有者不明土地問題を問い直す —アンチ・コモンズ論からの問題再定義—

立命館大学 政策科学部 教授 高村 学人  
たかむら がくと

### 要旨

所有者不明土地問題というフレーミングは、大きなインパクトを与え、各種の法改正をもたらすことになった。しかし、その面積の換算には誇張もあり、性質の異なる諸問題が所有者不明土地というカテゴリーに一括されている。問題の所在を理論的に示し、今後の法制度改革に指針を与えるためには、このフレームを問い直す必要がある。実際、所有者が不明であるケースは、ごく少なく、問題の本質は、所有者と連絡がつかないことよりもアンチ・コモンズの悲劇がさまざまな形で生じている点に求められねばならない。アンチ・コモンズの悲劇は、アメリカの所有法学者ヘラーが唱えた理論であるが、日本の問題状況をよりよく捉えるために本稿では、多数共有者型アンチ・コモンズと零細分散錯圃型アンチ・コモンズという概念を発展的に提唱する。この概念から土地の過少利用が生じてしまう要因分析を行うが、後者の零細分散錯圃型アンチ・コモンズの解消にとっては、近世の割地慣行が手懸かりとなることを新制度論の立場から示唆する。

### 1. はじめに

所有者不明土地問題は、ここ数年、活発に議論されるようになった。特に「持ち主がわからない土地が九州の面積を超えている」というフレーミング<sup>1</sup>は、この問題への危機意識を喚起する上で大きな効果を持ち、この間、内閣府が主導する形で省庁横断的な法制度改革が進められてきた<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 所有者不明土地問題研究会(2017a)と吉原(2017)で用いられた表現であり、その後、マスコミでこの表現が頻繁に用いられるようになった。

<sup>2</sup> 所有者不明土地問題というフレームで行われた法制度改革を鳥瞰的、法律学にとっての論点を提示するものとして、吉田(2018a)、吉田(2018b)が優れている。そのため本稿では、法制度改革の詳しい内容紹介は行わない。2018年6月に所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法が成立し、①所有者不明土地に知事の裁定により10年間の利用権を設定し地域福祉増進事業のために利用させること、②公共事業のための取用手続を簡略化すること、③長期間、相続登記がなされていない土地につき登記官が長期相続登記等未了土地と登記簿に記載できること、④所有者を探索するために課税台帳等の情報を行政機関が利用できること、⑤不在者財産

それ以前は、土地の過少利用が生じるのは、過疎化や人口減少といった社会経済的な要因から説明されることが多かった。これに対して所有者不明土地問題という新たなフレームは、我が国の法制度が相続未登記、所有者情報の不明化、利用しない自由等をもたらし、その結果として土地の適正な利用が困難になっていることに指摘するものであり、法制度の要因を重視するものと言える。

本稿も土地の過少利用の問題は、社会経済的な要因だけでなく、法制度の要因からこそ説明されねばならないと考える。その点で所有者不明土地問題というフレーミングの成功を評価するものである。

しかし、実際のところ所有者不明土地の定義は、かなり広く、さまざまな問題をそこに入れ込む形となっており、その結果として面積の推計方法に

管理人の選任を地方公共団体の長が請求できることなどの措置が盛り込まれたが、本稿で論じる多数共有者問題、零細分散錯圃問題を扱うものとなっていない。

も問題が存在する。このフレームに基づき法制度改革を進めていけば、現実との齟齬が大きくなり、不確かな根拠のもとでの所有権制限となりかねない<sup>3</sup>。

そこで本稿は、所有者不明土地の分類を行い、真に解決されるべき問題の発見を試みることにしたい。その際、アンチ・コモنزの悲劇という理論を分類を行うためのフレームとして用いる。

まずは、所有者不明土地問題への関心呼び起こすきっかけとなった東京財団(2014)の報告書と省庁横断的な法制度改革を促す推進力となった所有者不明土地問題研究会(2017b)の面積推計方法を検討する。

## 2. 所有者不明土地の推計方法の問題点

東京財団(2014)は、所有者不明土地を310万ヘクタールとする推計を公表し、この問題が注目されるきっかけを作った。ここで所有者不明土地の定義は、相続未登記の土地が中心におかれる。この報告書は、相続が発生し、相続人に所有権が移転しても登記変更がなされないことが多いことを示し、登記上の所有者と実際の所有者との間の不一致が何代も放置されると、権利者が膨れ上がり、権利移転や望ましい利用が不可能となる問題を指摘した。

東京財団(2014)は、このような登記放棄がどの程度、将来発生するかを次のような方法から推計する。相続登記にかかる手続き費用を約50万円と設定し、もしその費用よりも被相続人が所有する山林の評価額が低い場合には登記放棄が起こると仮定する。個人の保有林面積は、統計データがあるので、この仮定をあてはめれば、個人保有山林総

面積の25%、すなわち約170万haの山林面積において登記放棄が将来起こると推計される。

さらに東京財団(2014)は、このように算出された山林面積に入会林野の全面積約100万haと農林水産省調査(2011年)による耕作放棄地の総面積約40万ヘクタールを加え、所有者不明土地の面積総計を約310万haとする結論を導く。

推計に基づき将来をシミュレーションするのは意義あることだが、二つの問題点がある。第一は、山林だけに注目して手続き費用と不動産価値とを比較している点である。片野(2014)および本号所収の片野論文が放置財という概念から指摘するように農山村の世帯主は、山林だけでなく田畑、家屋、屋敷地を一体的に所有しており、相続は、これらすべての財について生じ、これらの財をどうするか、相続人も一体的に考えることとなる。相続登記の依頼も一度に全ての財について行われるため、司法書士への報酬支払いは効率化できる。山林以外の土地の価値は、山林よりも高いので、手続き費用が不動産価値をうわまわる確率は、大きく減少する。財を別々に捉え、財から出発するのではなく、片野が主張するように人を起点に問題を総合的に捉える必要がある。

第二は、入会林野が全て所有者不明土地とされている点である。もちろん慣習が弱まっていること、登記上の所有名義と実際の権利者との間にずれがあることは否定できない<sup>4</sup>が、集落が実際の権利および管理主体であることはなおはっきりしており、入会林野を全て所有者不明土地に入れ込むことには疑問が残る。

次に増田寛也が代表を務める所有者不明土地問題研究会(2017b)を検討していこう。ここでは、所有者不明土地を約410万ヘクタールと推計する。所有者不明土地の定義は、登記名義と真の所有者のずれに注目する東京財団(2014)と共通しており、「不動産登記簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しない、又は判明しても所有者に連絡

<sup>3</sup> このような問題意識のもと2018年5月の日本法社会学会にてミニシンポ「漁場・農地・森林の過少利用問題と規制改革への視座」を開催した。本号においてそこで報告を行った亀岡敏平、緒方賢一、片野洋平のうち、亀岡と片野の報告内容が論文として掲載されている。本稿は、このミニシンポでの企画趣旨説明を発展させ、アンチ・コモنز論の日本への応用を探索するものとした。本誌での掲載機会は、同ミニシンポでコメンテーターを務めて頂いた吉田克己によりご提案頂いた。吉田のコメントも本号に掲載された。記して感謝したい。

<sup>4</sup> 入会における所有名義と真なる権利者とのずれがアンチ・コモنزの悲劇を引き起こし、入会林野の過少利用を招いている可能性については、高村(2017)で論じた。

がつかない土地」という定義が与えられている(所有者不明土地問題研究会 2017b:4)。しかし、この定義は、所有者不明土地という言葉の響きと比べてかなり広いものを含む形となっている。例えば、この定義には、所有者名は登記上のもので正しいが、住所変更が登記情報に反映されていないケースも含まれ、自治体内で調査したところすぐに連絡先がわかったケースも多く含む。

同研究会は、推計に際して平成28年度の地籍調査を用いる。そこでは、1,130地区(563市区町村)の約62万筆の土地が調査対象とされ、地帯(宅地、農地、林地等)別の不明率が算出可能となっている。同研究会は、総計で20.1%、林地については25.6%の区画が上の定義に入る不明地であるとし、地帯別の不明率に地帯別私有地総面積をかけ算する形で所有者不明土地の総計を約410万haと算出する。

しかし、同研究会も断り書きしているように、平成28年度の地籍調査において追跡調査を行っても最終的に所有者の所在がわからなかったのは、全体の0.41%に留まる(同上9)。所有者不明土地の語感に近いのは、このようなケースであるが、この数字はあまり触れられず、広めの定義にあてはまるケースの総計値のみが強調されていく。

そして東京財団(2014)と所有者不明土地問題研究会(2017b)の推計面積のちょうど中間が九州の総面積(367万ha)であるので両者が相互の推計を引用しあう形で「持ち主がわからない土地が九州の面積を超えている」という説が真実味あるものとして正当化され、流布していくことになる。

地方で調査や生活を行うものからすると、国土の2割近くが所有者不明土地というのはよにわかには信じにくいことであるが、中央から見た地方は、その多くはやがて消滅するものと観念されている<sup>5</sup>

<sup>5</sup> 増田(2014)は、日本の約半数となる896の基礎自治体が消滅する可能性があるとした。しかし、そのような地方で調査を行う小田切(2014)、山下・金井(2015)は、人口動態と自治体運営コストにのみ注目した増田の方法を批判する。消滅自治体論に先行する限界集落論に対して山下(2012)は、集落内の年齢構成から集落の存続可能性を測る方法を批判し、集落から離れて近隣の地方都

こともあり、所有者不明土地は、中央省庁から真剣に取り組むべき深刻な問題として認知され、省庁を横断した取り組みがなされるようになっていく。

もちろん省庁横断的に土地法制が総点検され、法改正が進展してきた意義は、大きい。我が国の土地法制は、土地利用が活発な経済成長期に形づくられてきたため、所有者による利用低下が起こることを想定しておらず、今日生じている過少利用の問題に上手く対処できない。

しかし、所有者不明土地の面積が過剰に見積もられることは、土地所有者の利用意欲の過小評価を招き、これまでにはなかった供用義務を課すこととなる<sup>6</sup>。例えば、2018年5月に制定された森林経営管理法は、伐採適齢期を迎えた人工林の所有者に周囲と一体となって皆伐し、その後、造林と保育を行う義務を課し、その義務の履行を市町村が促し、所有者がそれを果たすことができない場合は、市町村長によりその森林に経営管理権が設定され、民間事業者等に義務を代行させる形となったが、これには、多くの林業関係者からの批判を招いた<sup>7</sup>。また性質の異なる問題が全て所有者不明土地というフレームの中に入れられてしまうとそのフレームは明晰さを欠き、問題の原因を理論的に考察することを困難とする。

---

市で生活を送る者が集落との間にネットワーク的な関係を維持していることに注目し、この関係こそが地方再生の鍵とする。

<sup>6</sup> バブル経済期にこのような議論と法改正が進展したため、過少利用を契機に土地の利用義務を新たに設けて行くことに慎重であらねばならない点については、高村(2015a)で論じた。本号所収の亀岡論文が扱う漁業権の開放を求める規制緩和論でも同じような議論の構図が見られる。

<sup>7</sup> この法律の問題点や林業現場における戸惑いについては、尾原(2018)を参照。法律学的には、設定される経営管理権ないし経営管理実施権がいかなる性質の権利であるかが定かでないという問題がある。また所有者不明土地問題研究会(2017b)では、現代版檢地の実施が提唱され、日本全土において土地の所有者調査を集中的に実施し、公告期間を経ても所有者が不明な場合、土地集約の受け皿となる機構が取得時効を用いて土地を取得していくことが提案されているが、これも所有者不明土地が過剰に見積もられているゆえの発想と言える。

### 3. 理論的フレームとしてのアンチ・コモンズ

#### 3.1 所有者不明土地の分類

そこで本稿は、所有者不明土地問題の背後に隠れている真の問題を発見・分析するための理論としてアンチ・コモンズの悲劇という考え方を導入する。アンチ・コモンズの悲劇とは、一つの物に対してあまりにも多くの所有権者が存在すると利用をめぐる合意形成が困難となり、望ましい利用が不可能となる社会的ジレンマのことであるが、その説明に入る前に、東京財団(2014)、吉原(2017)、所有者不明土地問題研究会(2017b)で広く定義された所有者不明土地をより詳細に分類していくことを試みたい。

先に論じたように、これらの論者にとっての所有者不明土地とは、登記上の所有者名義と真の所有者が一致していないものとして定義されている。これをさらに分類すれば、この不一致には、次のような小分類がありうる。

①**所有者の所在不明** 言葉の響き通り、真の所有者が取り得る手段を尽くしても見つからない場合である。これは、難しい問題だが、実際には少ない<sup>8</sup>。

②**相続未登記** これが量としては最も多いが、この中には、世帯主に先立たれた配偶者が子供達と遺産分割をせずに旧世帯主名義のまま同じ家屋に住み続けるといった場合も含まれる<sup>9</sup>。それであれば、さしあたって大きな問題ではない。問題となるのは、相続された土地・建物の利用者が存在しないまま次の分類に移行した場合で

ある。

③**何代にも渡る相続未登記** こうなってくると問題は、深刻になってくる。管理が放棄された土地であっても所有権は消滅しないため、時代を経るに相続人の数が膨れあがり、多数共有者財産となる。新たな利用希望者が現れても全共有権者の同意がないと売買等ができない。このことの困難さから利用がデッドロックされる<sup>10</sup>。

④**入会共有地に由来する土地** 農山村の多くには、今日でも近世の村持山に由来する共有地が存在する。その中でも明治期以降に登記された時点で村落の全世帯主の名義が列挙された記名共有として登記されている場合、名義変更がその後、なされていないことが多い。そのため権利者の数は1,000人を超えることもあり、売買や権利関係の設定が不可能となっている所もある<sup>11</sup>。ただし、入会権学説に基づけば、村落の総体こそが実際の管理・所有者であるから、村落が存在するかぎり所有者不明というわけではない。

実際、上記の文献においてハードケースとして詳しく紹介されているのは、③と④のタイプである<sup>12</sup>。家族財産である③と近世の村に由来する④の土地は、その性質が異なるが、いずれも非常に多くの共有権者を有してしまったという点で共通している。いずれの場合もその土地の望ましい利用に向けて土地の性質や権利関係を変更しようとする場合、全共有権者の合意が必要となるが、全ての者の連絡先を辿るだけでも多大な労力を要し、多数の権利者の間で全員一致の合意を形成するのは、至難の業である。

土地の利用価値が高かった時代であれば、誰かが新たな利用に向けた合意形成コストを担ったか

<sup>8</sup> なお所有者の所在や生死が不明な場合、失踪宣告という制度があるが、これを請求できる利害関係人の範囲は、後述する不在者財産管理人制度と比べて狭くっており、地方自治体の長や検察が請求できるものとはなっていない。この制度を説明する我妻(1951:91)も、失踪宣告は、「死亡したと同様の効果を生じさせる極めて重大なものだから、法律の規定も慎重でなければならない」とする。

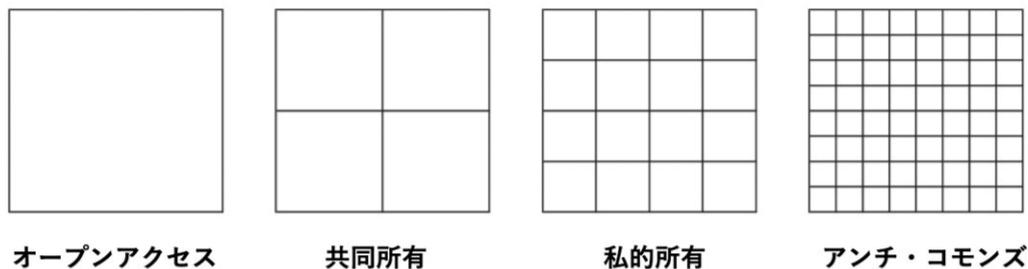
<sup>9</sup> 法定相続分に基づく形で遺産分割と相続登記を早期に行った場合、残された配偶者が同じ家屋に住み続けるためには、2018年7月の民法(相続編)の改正で導入された配偶者居住権が必要となる。

<sup>10</sup> 農地における相続未登記と耕作放棄との関連は、緒方(2018)を参照。

<sup>11</sup> 入会に由来する土地における多数共有者問題と学説上の論点については、山下(2016)が上手くまとめている。

<sup>12</sup> 所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会(2016)で扱われる事例も同様であり、③、④に至ってしまった場合、どのように複雑化した権利関係を解消・解決していくか、が示されている。

図1 ヘラーによる所有状態の分類



もしれないが、低利用の時代では、そのコストは高すぎる。その結果、その土地の管理・利用は、誰からも見放され、放置されていく。そのようにして荒廃した土地が周辺の荒廃も生んでいく。これこそが所有者不明土地問題の背後に存在する真の問題ではなからうか<sup>13</sup>。

### 3.2 アンチ・コモンズの悲劇とは

アメリカの所有法学者である Heller (1998) がアンチ・コモンズの悲劇という命名で論じたのは、まさにこのようなメカニズムが生じてしまう社会的ジレンマであった。ヘラーは、図1のように土地所有の状態を4つに分類する。

- ①**オープンアクセス** ここでは、所有権がはっきりしておらず、誰でもアクセスできる状態にある。
- ②**共同所有** 例えば共同放牧地(=コモンズ)のように資源を利用できる資格が一定のメンバーに限定されて共同所有・管理されている状態である。共同所有地を個人単位に分割するよりも共同でルールを定めて利用の方がスケールメリットを活かせる場合、この所有状態は望ましい

ものとなる<sup>14</sup>。

- ③**私的所有** これは、最もオーソドックスな所有類型である。例えば、個人の宅地は、所有者が排他的に利用でき、それが狭小でなければ、望ましい住環境が実現する。
- ④**アンチ・コモンズ** ヘラーが新たに提示した所有類型である。これには、一筆の土地にあまりに多数の権利者が生じてしまった場合と、ある地域内の土地があまりに細かく分割されて所有権の細分化が起こり、一つ一つの土地の利用が難しくなってしまった場合の双方を含む。いずれも望ましい土地利用を行おうとすると権利者の全員一致を要する。

アンチ・コモンズという所有類型は、立法や判例で形づくられたものではなく、学説による産物であるが、ヘラーは、この所有状態においては、一人の権利者が反対するだけで望ましい利用への転換が不可能となるため、この法的状態が一度、発生してしまうと、その後も土地・資源の利用がロックされ、荒廃を招くため、あらたな所有類型として独自に取り出す必要を説く。

ヘラーは、この悲劇を解決するために次のような処方箋を提示している<sup>15</sup>。

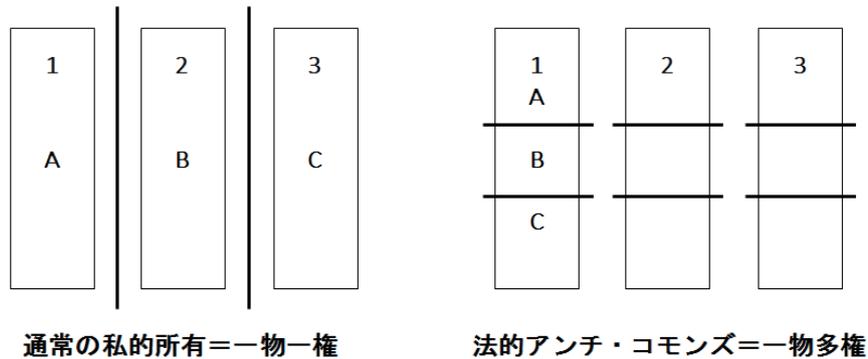
- ①アンチ・コモンズの状態が理由で荒廃している土地を行政や裁判所が認定し、それに「アンチ・

<sup>13</sup> 本稿が扱うのは、アンチ・コモンズの状態ゆえに合意形成＝取引コストが利用価値よりも高くなったことが利用不能を引き起こしている状況であり、この状態を上手く解きほぐすことができれば、将来、利用が生まれることを想定している。よって例えば、環境林整備事業のように森林の人による利用・管理を今後、不要とさせるために人工林を広葉樹林化させていく土地の所有のあり方について扱うものではない。このように計画的に人の関与を不要とさせていく土地の所有権のあり方については、別の理論のもとで扱われる必要がある。

<sup>14</sup> このような長所を理論的に解明しようとしたのが、Ostrom (1990) を嚆矢とするコモンズ研究である。詳しくは、高村 (2012) で論じた。

<sup>15</sup> ここでは、Heller (1998) に加え、Heller (2008)、Heller & Hills (2008) を参照。

図2 ヘラーの法的アンチ・コモنز 出典 Heller (1998:671)



- コモنز」というラベルを与えること
- ②次に行政や裁判所が権利者間の合意形成を支援し、そこで提案されてくる新たな利用が土地利用秩序にとっても望ましいものかどうかを判断すること
- ③望ましい利用に向けて一定の合意形成が形成された場合、全員一致というハードルを下げ、多数決主義に近づく形で権利転換させること
- ④今後の予防策として所有権の分割・細分化をもたらし、アンチ・コモنزを発生させてしまう法律を禁止していくこと

次章以降では、このヘラーの処方箋に照らして日本の現行法は、アンチ・コモنزの悲劇を解決する仕組みを備えているか否かを検討するが、その前にヘラーの提示したアンチ・コモنزという所有類型をもう少し詳しく分類しておきたい<sup>16</sup>。

ヘラーは、アンチ・コモنزを法的アンチ・コモنزと空間的アンチ・コモنزに小分類している。法的アンチ・コモنزとは、通常の一物一権ではなく、一つの物に対する所有権が切り出され、権利が重層的になっている状態を指す(図2)。具体例を挙げるなら、宅地と家屋を担保に多くの金融機関から融資を受けたため、沢山の抵当権者が存在することとなり、特に住宅価格が下降中の際に住宅所有者が債務不履行に陥った場合、どのようにして債権を回収するかについての合意が整わ

ず、住宅が長期間、放置され、ゾンビ物権となる場合を挙げることができる。

空間的アンチ・コモنزとは、一つのまとまりとして機能すべき空間において土地が細かく分割されてしまったため、望ましい機能が発揮できなくなっている状態を指す。具体例としては、アメリカのインナー・シティのように一つの居住エリアにおいて土地が極度に細分化されて宅地分譲されたため、密集度が高すぎ、望ましい居住環境となっていないが、これを変革するために土地を統合して中層の住宅と緑豊かなコモンを供給しようと計画しても一所有者でも反対すれば、その計画は実現できず、荒廃を解消することができない状態を挙げることができる。

### 3.3 我が国への応用

以上のヘラーの法的アンチ・コモنز、空間的アンチ・コモنزという概念は、主としてアメリカの状況を念頭において構築されたものである。よってこれをそのまま我が国に適用するのではなく、我が国の今日の問題状況をよりよく捉えるためには、新たな概念を発展的に提示することが必要となる。

ヘラーの法的アンチ・コモنزの概念は、所有権の中身をさまざまな権利者が垂直的に切り出した状態を指しているが(図2)、これについては民事執行法で議論の蓄積があり、3.1で分類したように本稿で主として扱うのは、多数の共有者が並列的に存在する場合である。

多数の共有者が発生してしまう法的要因として

<sup>16</sup> 以下のアメリカの土地・建物の過少利用という問題状況に対してヘラーの理論がどう当てはまるかについては、高村(2015b)で行った分析に基づいている。

図3 多数共有者型アンチ・コモンズ

A	B	C	D	E
F	G	H	I	J
K	L	M	N	O
P	Q	R	S	T
U	V	W	X	Y

は、①登記が所有権移転の要件ではなく対抗要件に過ぎず、特に相続に伴う登記が先送りされてしまうこと<sup>17</sup>、②入会に由来する土地に適した所有の受け皿を与えてことなかったこと<sup>18</sup>を挙げることができる。この問題に取り組む場合にもヘラーの処方箋が有用となるので、ここでは、この問題状況を表すために多数共有者型アンチ・コモンズという概念を提示したい(図3)。ここでの問題状況は、一つの土地に対してあまりにも多くの権利者が発生していることにある。

次に空間的アンチ・コモンズである。我が国にも密集市街地という問題があり、それにはこの概念が上手く当てはまる。しかし、農山村の問題状況としては、一人の所有者が一つの小さい区画しか有していないというよりもそれぞれの所有者が分散的に小さい区画を多数有し、それが錯綜している零細分散錯圃制に注目することがより重要である。これが我が国の農林業の生産性向上の妨げとなってきた。この問題に取り組むためには、このような零細分散錯圃型に土地割当が行われた歴史的起源にも遡る必要がある。ここでは、我が国に固有の零細分散型の土地割当の状況を表す概念として零細分散錯圃型アンチ・コモンズという概念を提示する(次頁図4,5を参照)。

<sup>17</sup> この点については、吉田(2018a)が相続登記を義務化する場合に生じる様々な法的論点を検討しており、所有者不明土地問題に関連して提案されている相続登記義務化が簡単な課題ではないことを学ぶことができる。詳細を論じることはできないが、アンチ・コモンズ論の立場からすれば、相続登記の義務化よりも、何代も相続登記がなされないことにより共同相続人が膨れあがってしまった場合の処理法制を先に論ずべきと考える。

<sup>18</sup> 高村(2017)でこの点は説明した。

もう一つ別の次元でアメリカと我が国との違いに留意しておきたい。アメリカの土地利用計画は、排他的ゾーニングという形で一地域が一つの用途に純化している場合が多い。住居地域であれば、店舗の営業は許されず、住宅のみが存在し、逆に商業地域においては、地上階は、全て店舗とせねばならない。よってどのような土地利用が地域にとって望ましいかは、土地利用計画において既に定められており、同じ地域の中に異なる土地利用形態が存在し、そこから対立が生じるということは少ない。

これに対して日本の土地利用計画は、積み上げ式のゾーニングであり、住居地域では工場立地は禁止されるものの併設店舗や福祉施設などさまざまな用途が可能となっており、農村地域でも線引きが緩やかであるため用途の混在が見られる。

よってどのような土地利用が望ましいかは、土地利用計画から即座に導くことができず、望ましい利用をめぐる対立が生じやすい。そのためヘラーのように地域にとって望ましい土地利用が既に存在するといった見方に立つことには慎重でなければならない<sup>19</sup>。

高村(2015a)では、土地・建物の過少利用を論じる場合、全体論的過少利用と相隣侵害的過少利用という分類が必要であることを論じた。バブル経

<sup>19</sup> 逆に言うと、我が国でも土地利用の用途がはっきり定まっている場合、例えば、農用地域において生産性を向上させるために土地改良を通じて各区画の規模を拡大したり、保安林に指定されている区域において水源かん養力等を向上させるために森林経営計画により間伐を計画的かつ面的に実施させていく場面では、5.で論ずるようにアンチ・コモンズ論を用いて全員一致原則を修正していくことが許容されると考える。

図4 ヘラーの空間的アンチ・コモンズ

A	B	C	D	E
F	G	H	I	J
K	L	M	N	O
P	Q	R	S	T
U	V	W	X	Y

図5 零細分散錯圃型アンチ・コモンズ

A	B	C	A	D
D	F	D	B	E
C	C	A	F	B
B	D	E	A	C
F	A	B	D	F

済期には、都心部において平屋で営業を行う借家人に対しては、その営業が近隣に迷惑をかけていなくても土地利用が与えられた容積率に比して低利用となっているから家主が借家権の更新を拒絶できるとする議論が現れた。このようなものの見方を全体論的過少利用と呼ぶことができる。

これに対して管理不全のために負の外部性が大きくなり相隣に侵害を及ぼしている状態を相隣侵害的過少利用と呼ぶことができる。相隣侵害的過少利用の問題がアンチ・コモンズ状態から発生している場合には、ヘラーが論じたのと同じように裁判所や行政の認定を経る形で通常の法的ルールを修正し、解決のための介入を行っていく必要がある<sup>20</sup>。他方で相隣侵害が生じていないにもかかわらず、土地利用が効率的でないという観点から既存の法的ルールを変更していくことには、慎重であらねばならない<sup>21</sup>。

<sup>20</sup> 角松(2017)も所有者不明土地に対して政府が利用権を設定し、第三者に利用させようとする場合、相隣に侵害を及ぼしていない状態でも資源利用の効率性のためにそれを進めていくことには、慎重でなければならないとしている。

<sup>21</sup> 福井(2017)は、所有者不明土地問題に関連して土地

#### 4. 多数共有者型アンチ・コモンズ

##### 4.1 問題状況

それでは第一に多数共有者型アンチ・コモンズについて検討していく。現状の日本法では、このような状況に対してどのような解決を準備し、なお不十分な点はどこに存するか、を論じていく。まずは、一般法である民法がどのようなルールを提示しているか、を確認しておこう。

民法は、共有者が多数であるか、少数であるかを区別しない。共有の規定は、共有物の変更に際しては全共有権者の同意を求め、全員一致原則を取っている(民法第251条)。しかし、共有物の管理に関しては、持分の過半数で決することができるとし、保存行為は、各共有権者が行うことができるとしている(同252条)。

ただし、どこまでが共有物の変更にあたらない管理の範囲なのか、管理と保存行為の違いはどこにあるのか、が定かでなく、全員一致が志向されてしまう。このような現状に対して、共有私道の保存・管理等に関する事例研究会(2018)は、共有私道において実際に必要となる維持管理や補修・

利用の効率性を重視する議論を展開している。

改善の各作業を列挙しながら、それらが保存行為、管理、変更のいずれにあたるのか、をガイドラインとして示しており、有益なアプローチとなっている<sup>22</sup>。

民法が共有物の変更に全員一致を求めているのは、変更をめぐる合意が共有権者の間で成立しない場合、共有物に対して分割請求権を行使することで離脱する自由を他方で保障しているからとされる。後にも触れる森林法違憲判決<sup>23</sup>では、この分割請求権を禁じていた森林法の規定を違憲とし、「共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ」るものとし、「分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当」するとした。

ここでは、共有の状態は、一時的なものであり、いずれは、共有物は分割されて単独所有となるという見方が展開されている<sup>24</sup>。しかし、分割になじまない物もあり、また共有権者の所在がつかめないという問題も生じてきたため、日本法でも次で見るように全員一致主義を修正しながら解決をはかる方法が取られている。示唆を引き出すためにマンションの区分所有法の改正を含む幾つかの法制度を例示的に見ながら、どこまでできており、まだ何が必要か、を検討していこう。

## 4.2 法制度の対応

### 1) 不在者財産管理人を用いた共有関係の解消

共同相続人の所在がわからない場合、その者についての不在者財産管理人を家庭裁判所に選任してもらうことで共有関係の解消を進めることがで

きる<sup>25</sup>。現物分割により土地を分割するのではなく、土地は一体のまま競売にかけ、相続人間で金銭を分配することもできる。

しかし、現状では、不在となっている者の全ての財産目録を作成しなければならず<sup>26</sup>、また所在がわからない共同相続人が複数いた場合、それぞれにつき不在者財産管理人を選任しなければならず、かなり手間がかかるものになっている。さらに共同相続人が競売よりも前に優先的に土地を先買できる手段がないため<sup>27</sup>、第三者に土地が渡った場合、望ましい利用がなされないリスクがある、といった問題がある。

### 2) 認可地縁団体への所有権移転登記の円滑化

入会共有地に由来する土地は、本来は村落という地縁組織が総有していたが、村落が法人格をもてなかったため、村落構成員の全員の名義で登記されるという手段が多く取られた。これは、先述したように代替わりがあっても名義変更されない場合、共有権者を無数に生み出してしまう。このような地縁組織に法人格を与えて、それを不動産所有権の登記名義人とさせる仕組みは、認可地縁団体制度として1991年から存在したが、その移行手続きには、全共有権者の同意が必要であった。この困難を解消するために、2014年の地方自治法改正により、登記名義人の相続人が多数に及びその一部の所在が不明な場合でも、市町村長による公告手続と、一定の異議申し立て期間を経れば、認可地縁団体という法人への所有権移転の登記を

<sup>22</sup> また私道を共有している戸建住宅同士の関係を民法上の共有ではなく、団地と見做し、区分所有法の団地管理組合の規定を準用し、共有私道の変更を特別多数決でできるとした点も注目される。

<sup>23</sup> 最判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

<sup>24</sup> 森林法判決を民法学の観点から検討する水津(2016)は、共有を一時的なもののみならず最高裁の見方は、明治民法の起草者意思や今日の民法学の通説からは、支持されず、民法の共有の規定が多数決主義で管理行為を決めることができるとしているように民法でも共有の継続が前提とされていることを論じる。

<sup>25</sup> 小柳(2018)は、所有者不明土地問題の文脈で注目されることになった不在者財産管理制度を検討し、必ずしも近年、利用増とはなっていない現実があること、他方で裁判所の運用により財産目録を全て作成するのではなく、空き家・空き地として負の外部性を発生させている不動産に対してスポット的に不在者財産管理人を選任することが裁判所の運営により可能となっていることを指摘している。

<sup>26</sup> 吉田(2018a)は、不在者財産管理人制度が物ではなく人に注目した制度であるゆえ、このような問題が原理的に存在することを指摘する。

<sup>27</sup> 個人主義の伝統から共有関係を一時的なもののみならずフランス法においてさえも共有物の一体性を維持するために1976年の民法典の改正により、共同相続人たる共有権者に先買権を認めた(稲本1983)。

特例として行う仕組みが設けられた<sup>28</sup>。

しかし、認可地縁団体という仕組みは、本来は地縁団体の集会所等の土地・建物の所有の受け皿として設けられたものであるため、これを広大な森林の所有の受け皿としていくと矛盾も出てくる。たとえば、人工林の場合、昔からの住民を中心に植林・間伐などの労務が長期間に渡って行われてきた。しかし、木を伐採・売却して収益が生じた場合、認可地縁団体ではこの収益を労務の提供者である旧住民にだけ分配することは、難しい。静的に管理するには、認可地縁団体は、良い仕組みだが、動的に活用するにはむいていない。

#### 3) 森林法改正による共有者不確知森林での森林施業の円滑化

他方で、多数共有者森林の伐採・造林を念頭に、2016年に森林法が改正された。それにより、一部の共有者の所在がわからない場合、市町村長の公告手続を経て、不明となっている所有者の立木の持ち分について他の共有者へ所有権移転させたり、土地への持ち分についても使用権を設定することで森林施業を円滑化させる措置が導入された。しかし、これは一時的な手段としては優れているが、多数の共有者が存在する状態を解消するものではないため、将来において同様の問題が生じることを解決するものとなっていない。

#### 4) 被災マンションや耐震性に劣るマンションにおける区分所有の解消

東日本大震災を受け、被災により建物の大部分が滅失するなどしたマンションの場合、全員一致ではなく、5分の4以上の特別多数決で敷地を一体として売却し、区分所有を解消できる特別措置が2013年に導入された。また2014年には、耐震性が劣るマンションについても同様の解消制度が創設された。建替や大規模修繕といったプラスの作為でなく、区分所有の解消というマイナスの作為もうながすこの仕組みは、マンションに限らず過少利用時代における他の問題へのアプローチ方

法として参考になる<sup>29</sup>。

ただ実際のところ、解消が望ましいか、建替・大規模修繕が望ましいかは、区分所有者によって利害や価値判断が異なる場合も多い。よって集団の意思決定ルールの変更だけでは紛争は解決せず、行政や裁判所が客観的な判断材料に基づき解消の必要性を審査・判断できることが求められる。

#### 4.3 中間考察

以上のように、日本法でもアンチ・コモنزの悲劇を解決する仕組みが一定程度、存在する。しかし、「アンチ・コモنزの悲劇」というフレームがこれまで共有されてこなかったため、法制度の対応も別々の形で進んでいき、不十分な点も多く残している。

全員一致主義を多数決主義に変更して権利者間での合意形成を容易にさせるだけでなく、行政や裁判所が多数共有者土地や集合住宅がアンチ・コモنز状態のために荒廃が生じていることを認定し、その負の外部性を取り除くためにアンチ・コモنز状態を解きほぐすべきという方向づけを積極的に行うようにしていくことが重要である。

またヘラーが論じたように多数の共有者が生じないための予防措置も重要となる。各種目的のための法人設立を容易にし、法人に所有権を帰属させ、利用資格を権利者に分配していくことが一つの方向性として考えられる<sup>30</sup>。

<sup>29</sup> これらの区分所有の解消制度については、マンション学 56号の特集「マンションの管理不全と解消制度」(2017年)に収録されている論文を参照。

<sup>30</sup> 区分所有法に関しても各住戸の区分所有権を積み重ねる形で集合住宅を法的に構成する日本法やフランス法のアプローチではなく、先に集合住宅全体の所有権の帰属先となる法人を作った上で各住戸に利用権を配分するアメリカ法やドイツ法のアプローチが集合住宅の持続的な管理には望ましいとする議論が展開されている。詳しくは、齋藤(2009)と同論文が掲載されている日本不動産学会誌 87号「特集・集合住宅の所有・管理の国際比較:法制と実態」に所収されている論文を参照。

<sup>28</sup> この仕組みについては、高村(2017)で部分的に検討を行った。

## 5. 零細分散錯圃型アンチ・コモンズ

### 5.1 問題状況

次に零細分散錯圃型アンチ・コモンズについて見ていこう。一軒の農家が零細な耕地片をあちこちに散在させているため、農業生産の発達を阻害しているという問題意識は、明治期から存在し、農業経済学は、耕地交換を通じて一軒の農家ができるだけまとまった農地を所有することの合理性を説明するために生成してきた(福田 1996: 142)。

農地に限らず私有林も単に一林家の所有面積が小さいだけでなく、散在しているため、森林の所有構造も零細分散錯圃制という概念で捉える研究が昭和 30 年代から現れるようになる。ただし、農地と比べると問題意識の形成も遅く、研究も薄かったとされる(笠松・泉 1994)。しかし、今日のように森林施業の集約化が進められるようになると私有林の各区画の所有者と境界を明らかにし、作業道設置の合意を形成する必要が生じ、そのことの困難さは、零細分散錯圃型の所有構造に求められるようになっていく(志賀編 2009)。

以上のように農地、森林のいずれにおいても我が国では零細分散錯圃型の所有構造をとり、その克服が目指されてきたが、どうしてこのような所有構造が生まれたのか、それが地理空間的にどのように現れており、歴史的にどのように変化してきたのか、という研究は、少ない<sup>31</sup>。

我が国の農林業センサスは、5 年毎の継続的な全数調査であり、農林業の現状を捉える貴重なデータを提供するが、農地と林地のいずれにおいても所有する総面積を尋ねる形にしかならず、各農家・林家が何筆の土地を持っているか、のデータを提供しない。そのため以下も断片的に現状をスケッチするに留まる。

飯国・程・金・松本(2018)は、高知県大豊町の一つの集落の相続未登記の土地の分布状況を地理空間情報システムを用いて分析する貴重な研究である。ここでは地籍情報に基づき、A 集落の字界内の各地目の筆数や 1 筆当たりの平均面積が以下

表1 高知県大豊町A集落(63戸)の地目毎の筆数と平均面積(2013年)

地目	筆数	1筆の平均面積(m <sup>2</sup> )
原野他	738	655
宅地	138	469
田・畑	925	722
山林	1,933	4,118
その他	2,092	342
合計	5,826	1,698

出典 飯国・程・金・松本(2018:34)

のように記されている。

A 集落の世帯数は、63 戸、人口は 122 名に留まるとされる。それに比して筆数が田・畑、山林、その他において非常に多く、各筆の平均面積も小さい<sup>32</sup>。この零細分散型の所有構造に不在所有者の増加や相続未登記の長期化が付け加わる形となって問題を深刻化している<sup>33</sup>。

以上の飯国・程・金・松本(2018)では、入会に由来する土地の分散状況は、固有に扱われていないが、入会地もまとまりのある一つの山というより、かなり入り組みあった形となっていることが多い<sup>34</sup>。

筆者が調査を進めている京都府美山町の各集落

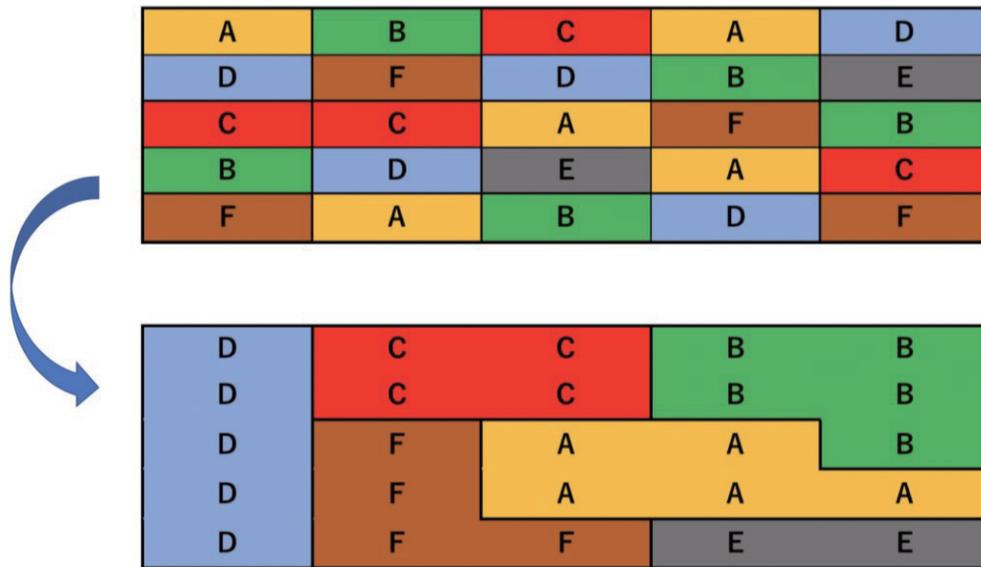
<sup>32</sup> 山林と比して田・畑の筆数が少ないのが耕地整理や土地改良による区画統合・合筆による成果なのか、が本稿の視点からすると興味深い点である。管見の限りでは、飯国・程・金・松本(2018)以外に田・畑や山林の筆数やその変化を扱う研究を見出すことはできなかった。各地目別の筆数の増減は、登記統計で地方法務局別に毎年公表されており、合筆より分筆の件数が圧倒的に多い。登記統計を利用すれば、土地所有権の細分化についての歴史計量的な分析が可能であるように思える。これまでそのような研究がなかったのは、アンチ・コモンズという視角が共有されていなかったからかもしれない。

<sup>33</sup> 飯国・程・金・松本(2018)が示す地籍情報に基づけば A 集落内に何らかの土地を所有する個人所有者は、459 人にもものぼるとされる。

<sup>34</sup> 福島・潮見・渡辺編(1966)は、入会権の複雑さを地図資料も豊富に用いながら説明する貴重な研究となっているが、この研究が対象とした小鷹利村の各山の所有関係も各部落が他部落にも入会地を持つ錯綜した状態となっており、その理由は、近世の村々入会を明治 30 年代から大正 12, 3 年にかけて各村の村中入会にするために部落間で大分け(分割)したことに求められるとされている(同編 71)。

<sup>31</sup> 管見の限りでは、森林については笠松(1998)が存在するのみである。

図6 零細分散錯圃型アンチ・コモンズから土地交換による集約化のイメージ図



の入会地は、私有林の分散と交互になる形で 20 箇所以上に分散している集落も複数あり、また国土地理院の提供している字界を越境する飛び地的な入会地も多く見られ、集落間の境界がはっきりしない場所が多い。入会地も分散錯圃となっている。

農地や森林が零細分散錯圃型の所有構造を取ること、機械を用いない時代においてはさほど問題ではなかったが、機械を用いた農業、林業を行おうとするとこの所有構造は、作業効率を大きく低下させる。図6のように零細分散錯圃制を克服するために区画の交換を行ったり、一つの経営計画のもとで施業集約を行ったりすることができれば、まとまりのある土地に対する効率的な経営を実施できる。そのためには境界を画定した上で全ての所有者がこのような集約化に合意しなければならない。連絡がつかなかったり、合意しない所有者が一人でもいたりするとそれが不可能となる。また集約化に向けた合意が概ね整っていても零細分散錯圃した各区画の境界確定がかなり難しく、この段階で座礁してしまうこともある。ゆえに農地や森林の以上のような所有構造は、零細分散錯圃型アンチ・コモンズと呼ばれねばならない。

## 5.2 歴史的起源

なぜ、このような所有構造が生まれたのだろうか。その歴史的な起源は、江戸時代の割地慣行に求めることができる<sup>35</sup>。また、この状態を解く鍵もそこに見出すことができるというのが本稿の立場となる。

太閤検地以後の検地帳に記載された耕地は、そこに登録された高持百姓の所持(=私的支配)が認められた土地であったが、これとは別に割地と呼ばれる土地が存在した。検地帳に記載されないゆえに引地とも呼ばれたこの土地は、村人の間で 5 年、10 年、20 年と定期的に割替が行われ、その期間内の個別の利用が村人に認められた。割地の対象となった田地は、高持百姓の所持が認められた土地と比べて洪水や地滑りのリスクがあり、そのリスクの大小や耕作条件の良し悪しは、土地の場所によって大きく異なった。よって割地に際しては、条件の良さを基準に耕地をグループ化し(最も条件の良い耕地はグループ A、その次の条件はグループ B...)、グループ化された土地を村の軒数で分け、軒ごとに籤を引かせ、土地を割り当てた。各軒は、条件の良さが異なる各グループの中にそ

<sup>35</sup> 以下の割地制度に関する説明は、Brown(2011)を参照。

れぞれ一片の土地が割り当てられ、分散した土地を耕作した。その割当が定期的に割替という形で見直されるため、耕作条件の平等化がはかられた。

このような割地が行われた理由としては、江戸時代における年貢賦課の方法が村請制と呼ばれる村人の間に連帯責任を課すものであったため、公租負担の公平をはかるために領主から割地が推進されたという説と農民達が始めた自生的な慣習であるという説が存在する<sup>36</sup>。いずれにせよ条件の異なる各場所に各人の耕地が割当られた結果、零細分散錯圃型の耕地状況が生じた。山林についても同様にこの耕地の割地とセットか、それに後続する形で割山が定期的に行われた<sup>37</sup>。

この割地・割山は、定期的に割替られたので、それがなかった百姓所持地と比べて村人達の所有意識は、薄かったが、明治政府の地租改正は、地券交付に際して「一地主」の方針を取ったため、割地慣行を認めず、零細分散的に割当られている各地片を一筆として所有権を設定することになった<sup>38</sup>。個別に所有権が与えられてしまった地片は、割替がなされずに固定化されてしまった。これが零細分散錯圃型の所有構造が我が国で発生した歴史的起源である。

もちろんこの地租改正の時点にのみ要因を求めることはできず、既に江戸時代において割替が行われない形で分割の恒久化がなされていたり、地租改正以後の売買や相続によって分割が進んだことも多く、また戦後の農地改革も農地の小規模な所有構造を形成した要因と言える。

また割替の対象外となっていた入会に由来する

<sup>36</sup> 割地制度が行われるようになった要因についての学説の状況は、Brown(2011)に加え、佐藤(2010)も参照。Brown(2011)の貢献は、災害リスクの分散のために割地がなされたのであれば、災害リスクが高い地域において割替の頻度がより高い筈であるが、そのような相関関係が見出せず、これまでの学説がいずれも前提としていた事柄が成立しないことを示した点にある。

<sup>37</sup> 割山制度については、原田(1969)がなお重要な研究である。

<sup>38</sup> 地租改正における割地慣行の扱いについては、奥田(2012)も参照。ただし、奥田においては、地租改正後も割地慣行が継続できた地域への注目が研究の主題となっている。

山が分割されてきたことも一つの流れとして重要である。一つの山に異なる集落の入会地が入り組み合いながら存在するため字界がはっきりしないのは、もともとは、複数の集落で一つの山に入り会う形で利用していた村々入会を村中入会という一地を一村が支配する形へとシンプルにしようとした際に、割地慣行と同様に条件の良し悪しに応じて土地をグループ化した後に籤引きによって各グループ内の土地を集落単位へと分割を行ったからとされる(山口 2008:76)。

また集落単位で支配することになった入会地も集落全体で利用する意義が見出せなくなると世帯単位に機械的に分割されることも多く行われた<sup>39</sup>。その際、山の地形を全く考慮せず、図面のみをもとに山に頭人数分の直線を引いて串刺しのように分割するといったことも行われた(次頁図 7)。そのため境界を現場において定めることが不可能となったり、分割された土地が細長でそのみを利用するのが不可能になっているといった問題が生じている<sup>40</sup>。この状態もアンチ・コモンズの典型と言える。

今日、土地を手放したい所有者に所有権放棄を認めるか、という議論が進みつつあるが、農山村における土地は、このような零細分散錯圃の状態にあることが留意されなければならない。

### 5.3 法制度の対応

それでは、農地・森林の零細分散錯圃型アンチ・コモンズを解消するためにどのような法制度が存在し、どのように機能してきたのだろうか。農地、森林のそれぞれについて見ていきたい。

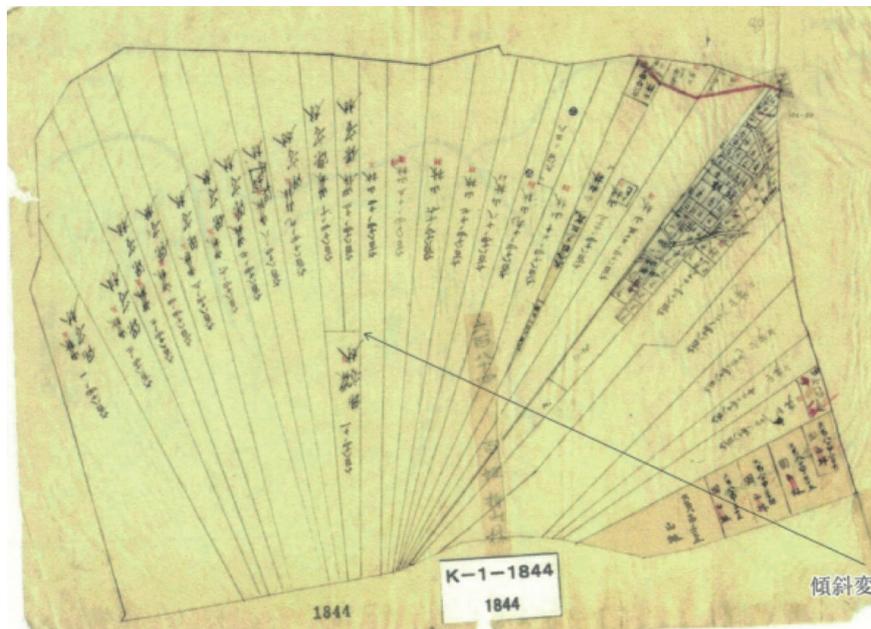
#### 1) 農地法制による零細分散錯圃制への対応と効果

農地については、明治民法施行の翌年である1899年に耕地整理法が制定され、土地交換による

<sup>39</sup> 入会林野の分割による細分化を防ぐことも入会林野近代化法の一つの目的であったが、入会地の分割についての調査としては、林野庁調査課(1964)がある以外、それを主題とした調査研究が見出せない。

<sup>40</sup> このように入会地が短冊型に分割された場合、境界確定が困難になっていることについては、實金・右近編(2016)を参照。

図7 入会地の機械的分割の例



出典 寶金・右近編(2016:86)

区画単位面積の拡大をはかる法制度が当初から準備されてきたことが注目される<sup>41</sup>。特筆すべきは、土地所有者達が結成する耕地整理組合が事業実施の中心とされた点である。

組合の結成は、当該地域の土地所有者数・面積・地価のそれぞれにつき3分の2以上の賛成があれば可となり、整理事業に反対の者も組合に参加せねばならない強制組合という方式を取った。また土地を交換する換地処分も行政庁の認可を媒介に行政処分として行われるため、土地所有権者の全員一致が得られない場合でも事業を実施できる。

このように全員一致主義を修正し、望ましい土地利用を実現しようとする法的スキームは、ヘラーがアンチ・コモンズの状態を解消するための処方箋とも重なり、興味深い。単に多数派の意向を実現しやすくしただけでなく、組合という方式を通じて地域での合意形成をはかることを促している点も重要である。

どうして事業の実施を行政が中心となって推進するのではなく、地域の地権者に委ねる方式を取

ったのだろうか。これに関しては、耕地整理法に先立つ田区改正の石川県での成功に注目する小栗(1935)、築瀬(2014)の見解が示唆的である。

石川式と後に呼ばれる田区改正は、石川郡安原村全域で実施されたが、石川県は旧藩時代に割地が盛んに行われた伝統を持ち、この安原村でも明治20年(1887年)に籤引きで最後の割地が実施された。安原村での田区改正は、その直後に実施された<sup>42</sup>ものであり、田区改正による土地の交換には、土地所有者の意識の上では割地と連続性があり、交換が成立したのも割地においてそれと類似することを行っていたからとされる(築瀬 2014: 54)。

地域内の地権者が中心となって土地の交換も伴いながら土地条件を改良する方法は、近世の慣行ともマッチするものであったため、その後も成功をおさめ、そのスキームは、市街地の土地区画整理事業にも受け継がれ、関東大震災後の復興都市計画の中心を担うことになる(石田 1987)。

農地は、戦後の農地改革により地主の土地が小

<sup>41</sup> 以下の耕地整理組合に関する記述は、築瀬(2014)と佐藤・広田(1999)を参照。

<sup>42</sup> 安原村での田区改正の土木技術的な側面とその詳細については、新保・安達(2001)も参照。

作人達に分け与えられることになる。その結果として生じる農地の細分化を克服し、農業の機械化の進展にも対応するために 1949 年の土地改良法により土地改良区という仕組みが設けられた。これもそれ以前の耕地整理組合のスキームを引き継ぐものであり、この土地改良区が中心となって農業構造改善事業や圃場整備が実施され、事業実施の際に土地交換を行うことで一区画あたりの面積の拡大が目指されてきた(大橋 1999)。

山田(2017)は、新潟県西蒲原郡で戦後に行われた土地改良事業を分析するものであるが、ここでも割地慣行との連続性が指摘されている。新潟県も石川県と同じく近世において割地が盛んに行われてきた地域である。山田は、土地改良事業に伴う換地方法に近世の割地慣行での軒前という単位が影響を与えているとし、先の小栗、築瀬よりも長いスパンで近世の慣行が現代の村落における土地所有意識の歴史的経路となり、不合理を解消するために村落内で土地交換を実現していく基盤となっている可能性を示す。

ただし、全国的に見ると土地改良区では施設整備が中心となっており、所有者間の交渉に委ねる組合方式では経営効率を向上させるための理想的な土地交換が行われにくく、実際には、期待された成果を挙げてことかかったこと、今後より集権的な方式を取るべきことも主張されている<sup>43</sup>。

確かに農地法においても 1960 年代の農業構造改善事業が狙った農地の売買による所有権交換、区画の統合・拡大が期待した成果を挙げることができなかつたため、1970 年の農地法改正以降に推進されてきたのは、賃借権という利用権の次元において経営の規模拡大を目指す政策であった<sup>44</sup>。

<sup>43</sup> これまで農地の集約化のために行われていた政策とその効果に関する研究動向に見通しを与えるものとして、有本・中島(2010)が有益である。有本・中嶋・富田(2014)は、シュミレーションを通じて効率的な土地交換のためには、一旦、集落内の土地を全て集める集権的組織が必要とする。

<sup>44</sup> 農地法の歴史と展開については、棚澤(2016)を参照。総合研究開発機構(1995)、新垣(2008)が扱う零細分散錯圃の解消に成功した事例も所有権ではなく利用権の次元における集積・集約である。2013 年以降の農地中間

しかし、この方法では、同じ経営体が一体的に耕作を行うエリアにおいて利用期間が異なる土地が存在することにもなり、利用開始時には顕在化しないが、利用期間の終わりに近づいていくとアンチ・コモنزの状態が生じることになる<sup>45</sup>。

以上のように農地法においては零細分散錯圃型アンチ・コモنزを解消するための法制度が明治から今日に至るまでさまざまな形で実施されてきた。それが一定の効果を生み出した要因として近世の割地慣行で土地交換が集落内で定期的に行われてきたことを指摘する見解が複数存在する。ただし、全国的には十分な成果を生み出せておらず、その要因は、どこにあるのか、利用権による集積・集約化という代替策が成果を挙げたのか、今後、農家数が激減していく中、トレンドが変化し、所有権の再統合が行われうるのか、といった点がまだ明らかとなっていない。よってこれらについての経験的調査が求められる。

## 2) 森林法制における対応策の不存在

次に農地ではなく、森林に関する法制度において零細分散錯圃の所有構造の問題がどう扱われてきたか、を検討していく。

森林を対象に耕地整理組合や土地改良区に類する土地交換を促進するスキームが導入されたことはなく、零細分散錯圃の所有構造は、そのままとなっている。

また戦後の農地改革において森林の所有は、改革の対象外とされたため、農地法のように土地の

管理機構を通じた利用権の集積・集約については、安藤(2017)が全国の実績を検討し、地域での相談員の存在が成果を上げる上で効果があるとする。棚澤(2016)も地域が農地を管理する農用地利用改善団体の役割を重視する。

<sup>45</sup> このように一体的に利用されるべき土地の利用期間が異なることによって生じるアンチ・コモنزは、本稿で論じた分類とは別に時間的アンチ・コモنزと分類できる。所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法でも公告期間を経た後に知事の裁定により 10 年間の利用権を切り出し、それを第三者に利用させるというスキームが取られた。またそれに先立つ農地法や森林法でも類似のスキームが存在する。このスキームは、長期的にみるとこのような時間的アンチ・コモنزの悲劇を内在していると言える。

売買や賃貸を許可制とする仕組が森林には存在せず、実際の森林の売買がどのように行われているのか、所有構造はどのように変化してきたか、といった基本的な事柄もよくわからない状況になっている。村外の者や企業に所有権が移転することを規制する仕組みがないため、森林の所有は、農地と比べて一層複雑なものとなっている。

森林法違憲判決(昭和 62 年)の影響も無視できない。森林法は、林業経営の特殊性に鑑み、その 186 条で共有の森林につき共有権者が分割請求権を行使することを禁じていた。しかし、同判決は、違憲立法審査を行い、この規定を財産権の侵害にあたるとした。同判決で争われたのは、100 ヘクタール以上の広大な森林を相続した兄弟間の紛争であり、分割請求権が認められたことで林業経営に影響を与えるというものではなかったが、分割を制限する立法が違憲となったことは、その後、森林の分割をコントロールしようとする立法の出現を不可能としてしまった。このような問題意識から同判決を批判的に読み直す研究が今日、現れている<sup>46</sup>。

今後の法制度のあり方を考える上で森林においても参考になるのは、近世の慣行である。山口(2008)は、近世においても入会林野を各世帯に分割することが多く行われていたが、細分化してしまった結果、その後の利用において不都合が出てくると、分割された土地を村の入会地に再び戻すことが各地で行われたことを紹介している。

現代においても利用の次元での再統合が存在する。佐藤(2015)、小堂(2015)は、入会林野がコアとなり、その周辺の細分化した私有林を巻き込む形で一体的な森林経営計画が策定されていることを紹介している。このようにして集約化が実現される村落での土地所有意識がどのような歴史的基礎を持つものなのか、これを耕地整理組合や土地改良区のように零細分散錯圃型の森林の所有構造を変革する制度へと発展させることができるのか、につき興味もたれる。

## 6. 結語

最後にこれまでの議論の道筋を振り返り、本稿の主張を明確にしておこう。本稿の問題設定は、所有者不明土地問題というフレームは、面積の推計に誇張があるだけでなく、そこに性質の異なる様々な問題を入れ込みながらも所有者と連絡がつかないという点から問題にフォーカスするものであるため、土地の過少利用が今日生じている真の要因に辿りつくことができず、この要因を解明のためには、別のフレームを要するのではなからうか、というものであった。

そこで本稿が提示したのが、ヘラーの唱えたアンチ・コモنزの悲劇という理論的フレームであり、これを我が国の問題状況にフィットさせるために多数共有者型アンチ・コモنزと零細分散錯圃型アンチ・コモنزという小分類を発展的に提示した。

ヘラーの問題提起は、アンチ・コモنزという所有状態は、通常の共有とは異なっており、法律学は、これを独自の類型として受けとめ、それを解消するための特別ルールを発展させていく必要があるというものであった。知財法では、アンチ・コモنز論のインパクトはより大きく、我が国でも既に浸透している<sup>47</sup>が、ヘラーの本来の専門である不動産法においてこれを用いる者は、まだ少ない。

ところで、フランス法では、共有は、indivisionと表現される。これは、「分割が不可能(in(不可)-division(分割))」という意味を持つ。個人には、individu(不可分の)と表現が使われるが、これと近い表現となっていることが興味深い。個人主義を重視するフランス民法典では、共有の状態は、一時的なものとしてきたが、その後の改正で共有物は、これ以上、分割しては望ましい利用ができないゆえに共有という形で利用・管理されざるを得ないものとしても考えられるようになり、そのためのルールを発展させていった<sup>48</sup>。

<sup>46</sup> 山本・清水・出口編(2016)の第11章と松本(2018)が興味深い。

<sup>47</sup> 田村(2010:183-)、Lee(2006)、Heller & Eisenberg(2001)を参照。

<sup>48</sup> indivision=共有の語源や用法と 1976 年の民法改正

これとは反対にアンチ・コモンズとは、限度を超えて権利者が多数となりすぎたため望ましい利用ができなくなった異常状態を指す。ヘラーがこの状態を通常の共有とは異なるものとして固有の分類を与えたように、われわれもこの状態には、通常の共有とは異なる法類型としてアンチ・コモンズの名を与え、特別のルールを整備し、それを解消するスキームを備えていくべきである。通常の共有についてもそれがアンチ・コモンズに移行しないよう権利と管理のルールを発展させる必要がある。

そのような議論を進めていく上で格好の素材となるのが、森林法違憲判決である。この判決は、共有物の利用・管理のあり方につき争いが生じた場合は、共有状態は本来、一時的なものであるから分割請求権を行使させることで争いを收拾すべきとし、また土地や森林といった財の特殊性をもってしても分割を制限することは、財産権への侵害であるとした。すなわち、本稿で論じた多数共有者型アンチ・コモンズ、零細分散錯圃型アンチ・コモンズのいずれにとってもその解決を困難とする法状況を生み出す要因となった。この判決を現代の視点から読み直すことで法学分野全般に関わる議論のフォーラムを作り出していかねばならない。

土地法におけるアンチ・コモンズの悲劇は、ある場所・ある地域において発生している。それゆえ、その悲劇を解決するには、フォーマルな法制度だけでなく、地域社会におけるインフォーマルな制度との協働を不可欠なものとする。

North(1990)が開拓した新制度派経済学は、公式の法制度だけでなく、社会の中のルールや慣行の存在や役割を重視し、それらのインフォーマルな制度が近代的所有権制度の導入のような体制転換があっても簡単にはなくならずに存続し、むしろ歴史的経路として新しい法制度のパフォーマンス

を規定していくという見方に立つ<sup>49</sup>。

本稿は、そのようなインフォーマルな制度として近世の割地慣行に注目した。割地慣行は、近代的所有権とは異質なものであるため、その存続は、近代的所有権制度を導入した法制度からは認められず、結果として零細分散錯圃型の所有構造をもたらす要因となった。しかし、実際にそれがその後も隠れて果たした機能に注目してみると、割地慣行は、耕地整理組合や土地改良区といった形で新政府がデザインした新たな法制度の実施枠組の中で存続し、地域が中心となって合理的な土地交換を実現していくための協調行動の基礎となった。さらに本稿では、近世に由来する入会慣行が今日でも各地域で存続していることに注目し、これが細分化した森林所有権を再統合していく制度的基礎となる可能性も展望した。

ただし、歴史的経路としての慣行を重視する場合、二つの課題が残る。第一にこれら慣行は、集落内の構成員の平等化をはかるために割地や入会地の共同利用の運営を行ってきた。よって集落外の構成員が新たなプレイヤーとして参入してくること、特にそのようなアウトサイダーが規模拡大を実現しようとするものに対しては、警戒的な対応がなされやすい。

第二に集落のまとまりや境界は、江戸時代の村請制を起源とするものであり、集落間の境界変動は、我が国において極めて少なく、多くの共同作業を集落単位で実施してきた<sup>50</sup>。しかし、人口の減少が著しい農山村においては、一集落で従来の機能を継続することが難しくなっており、集落間での連携・共同化が課題となっている。

新制度論は、制度の経路依存性を強調しながらも制度が新たな課題に対応するために変化することも重視している<sup>51</sup>。この見方に依拠すれば、上

により indivision が一時的なものから存続すべきものと捉え、農地相続を中心にしながらルールの整備が行われていったことについては、稲本(1983)。

<sup>49</sup> この North の見方を導入しながら開発法学を理論化したものとして、松尾(2012)があり、法社会学にとっても示唆が多い。

<sup>50</sup> この点については、日韓の村落を比較する本田(2002)が興味深い。

<sup>51</sup> 制度の持続性と変化、フォーマルな制度とインフォーマルな制度の補完性については、North(1990:83-)。

記の二つの課題は、先立つ制度を否定したり、その外で取り組む形を取るのではなく、既存の制度を望ましい形へと変化させていくことで対応していくことが望ましい戦略となる。

外からの新構成員を上手く迎え入れながら、集落の境界を超えて各種の共同作業を継続するための新たな制度変化は、どのような条件のもと生み出すことができるか。これは、アンチ・コモンズ論ではなく、コモンズ論が取り組んできた課題である。地域社会をフィールドとしながら両者をどのように統合していくかが、制度に注目する社会科学にとってのチャレンジとなろう。

#### 参考文献

- Brown, Philip C. (2011) *Cultivating Commons: Joint Ownership of Arable Land in Early Modern Japan*, University of Hawai'i Press
- Heller, Michael (1998) "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets" *Harvard Law Review*, Vol. 111, no. 3, pp. 621-688.
- Heller, Michael (2008) *The Gridlock Economy: How too much Ownership wrecks Markets, stops Innovation and costs Lives*, Basic Books.
- Heller, Michael & Eisenberg, Rebecca S. (2001) 「資料 特許はイノベーションを妨げるか? —生物医学研究におけるアンチコモンズ」和久井理子翻訳、知財管理 51 巻 10 号 1651-1660 頁
- Heller, Michael & Hills, Rick (2008) "Land Assembly Districts", *Harvard Law Review*, Vol. 121, No. 6, pp. 1465-1527.
- Lee, Nari (2006) 「標準化技術に関する特許とアンチ・コモンズの悲劇」田村善之・立花市子翻訳、知的財産法政策学研究 11 号 85-122 頁
- North, Douglass C. (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press (ノース、ダグラス(1994)『制度・制度変化・経済成果』竹下公視訳、晃洋書房)
- Ostrom, Elinor (1990) *Governing the Commons - The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press.
- 有本寛・中嶋晋作(2010)「農地の流動化と集積をめぐる論点と展望」農業経済研究 82 巻 1 号 23-35 頁
- 有本寛・中嶋晋作・富田康治(2014)「区画の交換による農地の団地化は可能か?—シミュレーションによるアプローチ」農業経済研究 86 巻 3 号 193-206 頁
- 安藤光義(2017)「農地中間管理事業を活用した農地利用集積推進の現状と課題」土地と農業 47 号 4-40 頁
- 飯國芳明・程明修・金泰坤・松本充郎編(2018)『土地所有権の空洞化—東アジアからの人口論的展望』ナカニシヤ出版
- 石田頼房(1987)『日本近代都市計画の百年』自治体研究社
- 稲本洋之助(1983)「《indivision》の制度的編成について」山口俊夫編『野田良之先生古稀記念 東西法文化の比較と交流』449-474 頁
- 大橋欣治(1999)「耕地の区画整理(土地改良事業)の展開と展望」農業土木学会誌 67 巻 8 号 13-20 頁
- 緒方賢一(2018)「土地所有権の空洞化現象としての耕作放棄」飯國芳明他編『土地所有権の空洞化—東アジアからの人口論的展望』ナカニシヤ出版 82-101 頁
- 奥田春樹(2012)『地租改正と割地慣行』岩田書院
- 小栗忠七(1935)『土地区画整理の歴史と法制』巖松堂
- 小田切徳美(2014)『農山村は消滅しない』岩波新書
- 尾原浩子(2018)「持続可能な山づくりに逆行しかねない「森林経営管理法」」世界 911 号 25-28 頁
- 笠松浩樹(1998)「森林施業の共同化に関する総合的研究—林地零細分散制克服策のあり方」愛媛大学博士論文
- 笠松浩樹・泉英二(1994)「林地の「零細分散錯圃制」について—「森林施業の共同化」は可能か」林業経済研究 126 号 94-99 頁
- 片野洋平(2014)「過疎地域における不在村者の森林を中心とした財の所有動向—鳥取県日南町の事例から」環境情報科学学術研究論文集 28 号 197-202 頁
- 角松生史(2017)「過少利用時代における所有者不明問題」土地総合研究 25 巻 2 号 17-30 頁
- 共有私道の保存・管理等に関する事例研究会(2018)『複数の者が所有する私道の工事において必要な所有者の同意に関する研究報告書—所有者不明私道への対応ガイドライン』
- 榎澤能生(2016)『農地を守るとはどういうことか—家族農業と農地制度 その過去・現在・未来』農文協
- 小堂朋美(2015)「「入会林野」の伝統が現代的な森林整備に有利に働く効果」創造都市研究(大阪市立大学院創造都市研究科紀要) 11 巻 1 号 63-83 頁
- 佐藤宣子(2015)「入会林野における森林経営計画の策定実態—大分県佐伯地区を事例に」九州森林研究 68 号 1-5 頁
- 佐藤康行(2010)「割地制度とコモンズ—新潟県西蒲原郡の事例」村落社会研究ジャーナル 17 巻 1 号 23-35 頁
- 佐藤洋平・広田純一(1999)「わが国耕地整理法の成立と

- ドイツ耕地整理法制の影響」農業土木学会誌 67 巻 8 号 817-820 頁
- 志賀和人編著(2009)『森林の境界確認と団地化』全国林業改良普及協会
- 所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会(2016)『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探索・利活用のためのガイドライン+事例集』大成出版会
- 所有者不明土地問題研究会(2017a)『中間整理』国土計画協会
- 所有者不明土地問題研究会(2017b)『所有者不明土地問題研究会最終報告—眠れる土地を使える土地に「土地活用革命」』国土計画協会
- 新保明夫・安達實(2001)「明治期金沢平野の耕地整理—農業近代化の先駆け上安原の田区改正」土木史研究 21 号 187-192 頁
- 総合研究開発機構(1995)『零細分散錯圃の解消に関する研究』NIRA
- 高村学人(2012)『コモンズからの都市再生—地域共同管理と法の新たな役割』ミネルヴァ書房
- 高村学人(2015a)「過少利用時代における所有権論・再考—土地・建物の過少利用が所有権論に投げかける問い」法社会学 81 号 64-75 頁
- 高村学人(2015b)「土地・建物の過少利用問題とアンチ・コモンズ論—デトロイト市のランドバンクによる所有権整理を題材に」論究ジュリスト No. 15『土地法の制度設計』62-69 頁
- 高村学人(2017)「過少利用時代からの入会権論再読—実証分析に向けた覚書」土地総合研究 25 巻 2 号 40-68 頁
- 田村善之(2010)『知的財産法 第 5 版』有斐閣
- 東京財団(2014)『国土の不明化・死蔵化の危機—失われる国土 III』東京財団政策研究
- 新垣健太郎(2008)「面的な農用地利用集積による土地利用型農業の構造改革に関する研究—農地保有合理化事業の活用事例を元に」農業経済研究報告 39 号 63-83 頁
- 原田敏丸(1969)『近世入会制度解体過程の研究—山割制度の発生とその変質』塙書房
- 福島正夫・潮見俊隆・渡辺洋三編(1966)『林野入会権の本質と様相—岐阜県吉城郡小鷹利村の場合』東京大学出版会
- 福田アジオ(1996)「錯圃制耕地の形成と近世村落」国立歴史民俗博物館研究報告 66 号 141-166 頁
- 寶金敏明・右近一男編(2016)『山林の境界と所有一資料の読み方から境界判定の手法まで』日本加除出版株式会社
- 会社
- 本田洋(2002)「韓国の地域社会における地縁性と共同性—南原地域の事例から」伊藤亞人・韓敬九『韓日社会組織の比較』慶応義塾大学出版会 243-273 頁
- 増田寛也(2014)『地方消滅』中公新書
- 松尾弘(2012)『開発法学の基礎理論—良い統治のための法律学』勁草書房
- 松本充郎(2018)「山林の土地所有権の細分化および空洞化に対する法的対応について—私有林の所有・利用・管理に関する考察」飯國芳明他編『土地所有権の空洞化—東アジアからの人口論的展望』ナカニシヤ出版 41-62 頁
- 水津太郎(2016)「憲法上の財産権保障と民法」宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦編著『憲法学のゆくえ—諸法との対話で切り拓く新たな地平』日本評論社 210-227 頁
- 築瀬範彦(2014)「土地区画整理の制度形成に関する史的考察」土木学会論文集 D2 (土木史)70 巻 1 号 53-65 頁
- 山口隆治(2008)『加賀藩の入会林野』桂新書
- 山下詠子(2016)「多数共有地の現状と認可地縁団体制度—入会林野を例に」都市問題 107 巻 11 号 81-90 頁
- 山下祐介(2012)『限界集落の真実—過疎の村は消えるか』ちくま新書
- 山下祐介・金井利之(2015)『地方創生の正体—なぜ地域政策は失敗するか』ちくま新書
- 山田祐紀(2017)「圃場整備にみる村落社会の論理—新潟県西蒲原郡の割地慣行実施村落を対象として」村落社会研究ジャーナル 24 巻 1 号 13-24 頁
- 山本龍彦・清水唯一郎・出口雄一編著(2016)『憲法判例からみる日本』日本評論社
- 吉田克己(2018a)「所有者不明土地問題と民法学の課題」土地総合研究 26 巻 2 号 42-79 頁
- 吉田克己(2018b)「所有者不明土地問題と土地所有権論」法律時報 90 巻 9 号 68-77 頁
- 吉原祥子(2017)『人口減少時代の土地問題—「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』中公新書
- 林野庁調査課(1964)『入会林の分割事例調査概要』林野庁調査課
- 我妻栄(1951)『民法総則(民法講義 I)』岩波書店