

## 所有者不明土地問題と民法学の課題<sup>1</sup>

早稲田大学大学院 法務研究科 教授 吉田 克己  
よしだ かつみ

### I はじめに——所有者不明土地問題の位相

#### (1) 喫緊の政策課題としての所有者不明土地問題

所有者不明土地問題が急速に論点化している。この問題に最初に警鐘を鳴らしたのは、2014年3月に公表された東京財団の調査報告『国土の不明化・死蔵化の危機——失われる国土Ⅲ』<sup>2</sup>だと思われる。これを契機に、マスコミの報道や問題の検討がやや散発的な形で始まった。しかし、近時の、とりわけ2017年後半期以降の事態の急速な進展には、目を見張るものがある。国土交通省、農林水産省、法務省など関係省庁が一斉に問題の検討に取り組みだしたのである。また、民間の研究団体による検討も活発化している。

#### (i) 政府の『骨太方針』

そのような急速な動きの直接の契機となったのは、政府のいわゆる『骨太方針』である<sup>3</sup>。

すでに、2016年6月2日に閣議決定された『経済財政運営と改革の基本方針2016——600兆円経済への道筋』(『骨太方針2016』)<sup>4</sup>は、「ストックを活用した消費・投資喚起」という政策課題の中で、「不動産ストックのフロー化による投資の促進、地域経済の好循環を図るため、リート市場の機能強化、成長分野への不動産供給の促進、小口投資を活用した空き家等の再生、寄附等された遊休不動産の管理・活用を行うほか、鑑定評価、地籍整備や登記所備付地図の整備等を含む情報基盤の充実等を行う。また、空き家の活用や都市開発等の円滑化のため、土地・建物の相続登記を促進する。」と、所有者不明土地問題を含んだ土地政策の課題を列挙していた(25頁)。

しかし、所有者不明土地問題に関してより強いインパクトを関係機関・関係者に与えたのは、2017年6月9日に閣議決定された『経済財政運営と改

<sup>1</sup> 日本登記法研究会は、2017年12月9日に第2回研究大会を開催し、その中で「所有者不明土地と登記」をテーマとするセッションを実施した。筆者は、ここで「所有者不明土地問題と民法学の課題」と題する報告を行う機会を得た。本稿は、この報告を、その後の事態の進展も補充しながら、論文として公表するものである。少なからず紙幅を本稿のために提供していただいた『土地総合研究』誌に心から御礼申し上げる。筆者はまた、本稿とは別に、『法律時報』誌2018年8月号に、同じく上記報告に依拠しつつ、テーマをより理論的観点から掘り下げる論稿の公表を予定している。本稿と補完関係に立つものとして、併せて参照していただくと幸いである。

<sup>2</sup> <https://www.tkfd.or.jp/files/doc/2013-06.pdf>

<sup>3</sup> それとともに指摘しておくべきなのは、民間の研究機関である「所有者不明土地問題研究会(座長・増田寛也)」

(いわゆる増田委員会)が2017年6月26日に公表した『中間整理——所有者不明土地はどれだけ存在し、何が問題なのか、議論の前提となる実態把握からのアプローチ』が世論に与えたインパクトである。同報告は、種々のデータを用いて推計すると、所有者不明土地は410万ヘクタールに相当する(13頁)と指摘した。[http://www.kok.or.jp/project/pdf/fumei\\_land\\_issues\\_text.pdf](http://www.kok.or.jp/project/pdf/fumei_land_issues_text.pdf) これがマスコミに九州の面積との比較つきでセンセーショナルに取り上げられた。たとえば、朝日新聞2017年6月26日版は、「所有者不明の土地410万ヘクタール 全国推計九州の面積上回る」と報道し、日本社会に衝撃を与えた。<https://www.asahi.com/articles/ASK6R3VXOK6RUUPI002.html>

<sup>4</sup> [http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2016/2016\\_basicpolicies\\_ja.pdf](http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2016/2016_basicpolicies_ja.pdf)

革の基本方針 2017——人材への投資を通じた生産性向上』(『骨太方針 2017』)<sup>5</sup>である。『骨太方針 2017』は、主要分野ごとの改革の取組の中の「社会資本整備」の項目において、「所有者を特定することが困難な土地や十分に活用されていない土地・空き家等の有効活用」を掲げ、所有者不明土地問題への対処を明確な政策課題と位置づけたのである。

具体的に挙げられたのは、「共有地の管理に係る同意要件の明確化や、公的機関の関与により地域ニーズに対応した幅広い公共的目的のための利用を可能とする新たな仕組みの構築、長期間相続登記が未了の土地の解消を図るための方策等」であり、これらの課題について、関係省庁が一体となって検討を行うべきものとされた。そして、「必要となる法案の次期通常国会への提出を目指す」という当面のきわめて具体的な短期的課題が設定された。さらに、「今後、人口減少に伴い所有者を特定することが困難な土地が増大することも見据えて、登記制度や土地所有権の在り方等の中長期的課題については、関連する審議会等において速やかに検討に着手し、経済財政諮問会議に状況を報告するものとする」という中長期的な課題も示されたのである(37-38頁)。

## (ii) 短期的課題への取組み

これらの2つのレベルの課題のうち、まず、前者の当面の法案提出に向けての作業については、次のような動きになっている。

法務省は、「共有私道の保存・管理に関する事例研究会」を立ち上げ(第1回会合 2017年8月2日)、早くも2018年1月付けで『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』<sup>6</sup>を公表している。『骨太方針 2017』で示された「共有地の管理に係る同意要件の明確化」という課題の一部への対応である。この報告書の

基本的問題意識は、共有私道について「補修工事等を行う場合に、民法の共有物の保存・管理等の解釈が必ずしも明確ではないため、事実上、共有者全員の同意を得る運用がされており、その結果、共有者の所在を把握することが困難な事案において、必要な補修工事等の実施に支障が生じている」のではないかと、いうものである。その上で、支障が生じている具体的事例が収集され(35事例)、そのそれぞれについての法的問題点と対応のあり方の検討が行われている。もっとも、この検討が、直接に具体的法案と結びついているわけではない。

農林水産省は、「相続未登記農地等の活用検討に関する意見交換会」を設置し(第1回会合 2017年9月28日)、数回の会合を行った。そして、同意意見交換会における検討を踏まえた「農業経営基盤強化促進法等の一部を改正する法律案」<sup>7</sup>が作成され、2018年3月6日に閣議決定された。法案の目玉は、探索を行ってもなお2分の1以上の共有持分を有する者を確知することができない農地について、知っている共有者の全ての同意を得て、農用地利用集積計画によって農地中間管理機構に対して20年を超えない期間の貸借ができるという措置を講じることである。このようにして、共有者不明の農地の現実の耕作者が、リタイア後に農地中間管理機構に対して土地を賃貸することを可能にし、現実の耕作者を保護するとともに、耕作放棄地発生を未然に防止しようとしているわけである。

国土交通省は、「所有者不明土地問題に関する制度の方向性等に関する事項及び中長期的課題として人口減少社会における土地制度のあり方について調査審議」することを目的として「国土審議会土地政策分科会特別部会」を設置し(2017年8月29日、第1回会合同年9月12日)、数回の会合を経て、早くも2017年12月12日には『中間取りまとめ』<sup>8</sup>を公表した<sup>9</sup>。

<sup>5</sup> [http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2017/2017\\_basicpolicies\\_ja.pdf](http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2017/2017_basicpolicies_ja.pdf)

<sup>6</sup> <http://www.moj.go.jp/content/001250878.pdf>

<sup>7</sup> [http://www.maff.go.jp/j/study/souzoku\\_kento/attach/pdf/index-9.pdf](http://www.maff.go.jp/j/study/souzoku_kento/attach/pdf/index-9.pdf)

<sup>8</sup> <http://www.mlit.go.jp/common/001213928.pdf>

<sup>9</sup> この文書において、所有者不明土地は、「不動産登記

『中間とりまとめ』は、「所有者不明土地を円滑に利用する仕組み」として、①収用制度の合理化・円滑化と、②収用制度の対象とならない公共的事業への対応との2つの方策を打ち出した。①は、争いが生じる可能性が低い所有者不明土地について収用手続きを簡素化するというものである。②は、収用適格事業までの強い公共性はないものの一定の公共性を持つ事業(公共的事業)を想定しつつ、公共性の差を踏まえ、収用ではなく、所有権の制約が小さい利用権設定方式を考えるというものである。具体的には、所有者不明土地を対象として最低5年間程度の一定期間の利用権を設定するという構想が示された。利用権の主体は、公的主体に限定されず、民間事業者も対象とされた。『中間とりまとめ』はさらに、③所有者探索を合理化する仕組みの構築を提案し、また、④所有者不明土地の適切な管理を進めるために、財産管理人の選任申立権を地方公共団体の長などにも付与するという案を提示している。

これらの構想を具体化するために、「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法案」<sup>10</sup>(以下では、単に「円滑化特別措置法案」という)が作成され、閣議決定された(2018年3月9日)。上記②が目玉であるが(6条以下)、『中間とりまとめ』と比較すると、法案においては、土地使用権の期間について、「最低5年間程度」という考え方から、上限10年間までは認めるという考え方になっている(13条3項)。実質的には期間の長期化を意味するものであろう。事業の名称も、『中間とりまとめ』では明確には示されていない

簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しておらず、又は判明しても所有者に連絡がつかない土地」と定義されている(1頁)。本稿が「所有者不明土地」という言葉を用いる場合にも、そのような土地を想定している。なお、これは、国交省がつとに提示する定義である。たとえば、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『所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策——最終とりまとめ』(2016年3月)(<http://www.mlit.go.jp/common/001122933.pdf>) 1頁参照。ただし、そこでは、「所有者不明土地」ではなく、「所有者の所在の把握が難しい土地」という表現が用いられている。

<sup>10</sup> <http://www.mlit.go.jp/common/001224659.pdf>

が、「地域福利増進事業」と明示された。「地域住民その他の者の共同の福祉又は利便の増進」(2条2項参照)という事業の性格を示すには、適切な名称とよい。

他方で、所有者不明土地問題への対応を標榜する予算措置要求も各省庁からなされている。「所有者不明土地の公共的利用を可能とする新たな仕組みの実施に向けた周知」など(国交省)、「所有者不明農地等の権利関係調査」(農水省)、「法定相続情報証明制度の運用及び長期相続登記未了土地問題解消対応」など(法務省)、「相続登記の促進のための登録免許税の特例」の新設(法務省)などである。

### (iii) 中長期的課題への取組み

前記2つのレベルの課題のうち、後者の中長期的課題への取組みについては、次のような動きになっている。

まず、法務省関係では、「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」(第1回会合2017年10月2日)が設置された。登記制度・土地所有権のあり方などの中長期的な課題について、民事基本法制における論点や考え方を整理することを目的とする。金融財政事情研究会の設置・運営によるが、実質的には法務省のイニシアティブによるものである。この研究会では、その名称が示すように、①登記制度のあり方と②土地所有権のあり方が検討課題とされ、①については、対抗要件主義の検証、登記の義務化の是非、登記手続の簡略化、変則型登記の解消などの論点が、②については、土地所有権の強大性、土地所有権の放棄の可否等、相隣関係のあり方、共有地の管理等のあり方、財産管理制度のあり方などが論点として挙げられている<sup>11</sup>。今後の作業については、2018年1月19日に開催された「所有者不明土地等対策の推進のための関係閣僚会議」において内閣官房から工程表が示された<sup>12</sup>。それによれば、2019年2月

<sup>11</sup> 第1回会合で配布された研究会資料1参照。[http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki\\_siryoul.pdf](http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki_siryoul.pdf)

<sup>12</sup> 工程表も含めて、この閣僚会議の議事録や資料は、

にはとりまとめを行い、それを受けて法制審議会において法律案要綱作成に向けて作業するものとされている。

国交省においては、土地所有に関する基本制度の見直しが中長期的課題とされている。「所有者不明土地の増加を踏まえ、その発生の抑制や解消に資するため、登記制度や土地所有権の在り方等に関する議論と整合をとりつつ、土地所有者の責務の在り方など土地所有に関する基本制度の見直しについて、関係省庁と連携して検討する」というのが、現時点で示されている方針である<sup>13</sup>。先に示した工程表によれば、国土審議会において土地所有者の責務、所有者不明土地の発生予防対策等を検討し、2019年2月にはとりまとめを行うべきものとされている。

これらの中長期的課題は、民法の基本制度と基本理念にかかわる論点を多く含んでいる。行程表が示されることによって、そのような重要論点にかかわる法改正が、現実味を帯びてきた。

#### (iv) 民法学の課題

以上のような政治的要請を背景とした検討の急速な進展と対比すると、法律学とりわけ民法学レベルの学術的検討は、立ち遅れているといわざるをえない。所有者不明土地問題の背景にある土地の過少利用あるいは負財化という現象についての検討<sup>14</sup>、所有者不明土地問題への対応のために重

<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/shoyushafumei/dai1/gijisidai.html>において閲覧することができる。なお、山本健一「所有者不明土地対策の閣僚会議」(同閣僚会議の第1回会合の様態を伝えるレポート)も参照。[http://www.lij.jp/news/research\\_memo/20180201\\_9.pdf](http://www.lij.jp/news/research_memo/20180201_9.pdf)

<sup>13</sup> 国土交通省「所有者不明土地問題への取組の状況」

(2018年1月19日)参照。<https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/shoyushafumei/dai1/siryu2-1.pdf>

<sup>14</sup> 土地の過少利用問題については、高村学人「過少利用時代からの土地所有権論史再読——フランス所有権法史を中心に」(立命館大学政策科学21巻4号[2014年]81頁以下)が先駆的な問題提起を行っている。負財については、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)20-25頁の問題提起を参照。

要な意味を持つ土地所有権放棄の法的可能性に関する検討<sup>15</sup>、また、所有者不明土地の利活用を図るために、一定の手続を経て無主の不動産である旨の宣告を行い、当該土地の国庫帰属を実現するという構想(法律案)の提示<sup>16</sup>などが始まったばかりである。学会レベルでは、日本登記法研究会第2回研究大会が「所有者不明土地と登記」をテーマとするセッションを開催した<sup>17</sup>。これは、注目すべき企画であったが、学会レベルにおけるこの課題の検討は、今のところこの程度のものである。雑誌特集も多くない<sup>18</sup>。このような立ち遅れを克服して、問題の重要性に見合った検討を早急に深化させる必要がある。

所有者不明土地問題は、これまでに民法学が向き合ったことがない新しい問題である。それに対応するためには、一方で、伝統的民法学のパラダイムの相対化が求められる。しかし、他方で、古

<sup>15</sup> 土地所有権放棄論に関する先駆的研究は、田處博之「土地所有権の放棄は許されるか」札幌学院法学29巻2号(2013年)169頁以下である。近時の研究としては、堀田親臣「土地所有権の現代的意義——所有権放棄という視点からの一考察」広島法学41巻3号(2018年)246頁以下が詳細である。筆者も、この論点に関して若干の検討を行っている。吉田克己「土地所有権の放棄は可能か」土地総合研究25巻2号98頁以下(2017年)、同「不動産所有権放棄をめぐる裁判例の出現」市民と法108号3頁以下(2017年)。空き家問題に関しては、行政法における検討が目立つ。北村喜宣「空き家対策の自治体政策法務(1)(2完)」自治研究88巻7号21頁・8号49頁(2012年)のほか、北村喜宣に多くの論文がある。空き家問題に関して土地所有権論の視点からの検討を行った筆者の論稿として、吉田克己「空き家問題は土地所有権論にどのような影響を与えるか」月報司法書士534号(2016年)36頁以下がある。

<sup>16</sup> 加藤雅信「急増する所有者不明の土地と、国土の有効利用——立法提案『国土有効利用の促進に関する法律』」『星野英一先生追悼・日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015年)297頁以下。

<sup>17</sup> 注(1)を参照。吉田克己「所有者不明土地問題と民法学の課題」、櫻井清「所有者不明土地と不動産登記」、戸倉茂雄「所有者不明土地と土地家屋調査士の業務」の3本の報告が行われた。

<sup>18</sup> そのような中で、法学の各領域さらには法学以外の領域からの論稿も収録した特集『所有者不明地等の課題と対応』土地総合研究25巻2号(2017年)は貴重な試みである。執筆者は、吉原祥子、山野目章夫、角生史生、大野淳、高村学人、小柳春一郎、小西飛鳥、吉田克己、田處博之、丹上健である。

典的法理には、私的自治や財産権の尊重等の貴重な価値が内在している。当面の政策的必要性に対応するためにその相対化が求められるにしても、それをどのように具体化するかについては、慎重な理論的検討が要請される。早急に、しかし、腰を据えたきちんとした理論的検討が求められている。本稿は、筆者の能力の限界から公法領域への目配りは不十分なものにならざるをえないが、問題の全体を俯瞰し<sup>19</sup>、理論的課題を整理するためのささやかな試みである。

## (2) 問題の背景と性格

論点の各論的検討に入る前に、所有者不明土地問題の背景とその性格について一言しておきたい。

### (i) 所有者不明土地問題の背景

まず指摘しておかなければならないのは、所有者不明土地問題の背景には、右肩上がりの時代から右肩下りの時代への移行、すなわち、成長経済の終焉と人口減少社会の到来という根本的で構造的な問題があるということである。第2次世界大戦後の時期、日本を含めた発達した資本主義諸国は、きわめて高い率での経済成長を経験した。高度経済成長の時代である。しかし、西欧諸国においては1970年代のオイル・ショック以降、日本

の場合にはその後のバブル経済の狂奔期を経て1990年代初頭のその崩壊以降、高度経済成長の時代は終焉を迎え、「安定成長」あるいは経済停滞の時代に入った。これらの国において、かつてのような高度経済成長の再現は、望むべくもない。日本の場合には、この経済レベルでの右肩上がりの時代の終焉に加えて、人口レベルでの右肩上がりの時代の終焉と人口減少社会の到来にも直面している<sup>20</sup>。現時点の日本は、人口数におけるジェットコースターの頂点を少し過ぎたところにあり、今後、急速な落下が始まると予想されている。22世紀が始まる2100年の日本の総人口については、8,447万人とも、4,959万人とも推計されているのである<sup>21</sup>。日本は、これまで経験したことがまったくない深刻な事態に直面している<sup>22</sup>。

このような2つのレベルの右肩上がりの時代の

<sup>20</sup> この人口構造の転換に関しては、人口ボーナス論と対置される人口オーナス論という理論枠組みを用いて問題を分析する飯國芳明「土地所有権の空洞化問題をいかに捉えるか」飯國芳明ほか編『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、2018年)3頁以下が興味深い。

<sup>21</sup> 前者は日本の国立社会保障・人口問題研究所の推計、後者は国際連合による推計である。特集『人口減少の真実』週刊東洋経済2014年2月22日号44頁参照。

<sup>22</sup> 人口減少社会到来の衝撃については、近年では、論壇においても深刻な形で問題にされるようになっていく。たとえば、藻谷浩介・取材チーム2040「30年後の日本『人口激減時代』の衝撃——2100万人の日本人が消滅する！大都市全体が老人ホーム化する！」文藝春秋2013年7月号94頁以下、特集「壊死する地方都市」(藻谷浩介・人口減少問題研究会「2040年、地方消滅。『極点社会』が到来する」ほか)中央公論2013年12月号18頁以下など参照。世論喚起にとりわけ大きな影響を持ったのは、増田寛也編著『地方消滅——東京一極集中が招く人口急減』(中央公論社、2014年)である。近時、人口減少への危機感を語る文献は少なくない。毛受敏浩『限界国家』(朝日新聞出版、2017年)、河合雅司『未来の年表——人口減少日本でこれから起きること』(講談社、2017年)、NHKスペシャル取材班『縮小ニッポンの衝撃』(講談社、2017年)など。本誌・土地総合研究26巻1号(2018年)において、日本学術会議の分科会における研究活動を基礎に、「人口減少社会と法」をテーマとする特集が生まれ、吉田克己「人口減少社会の到来と法的対応——特集『人口減少社会と法』に寄せて」を始めとする7本の論稿が収録されていることもここで紹介しておく(吉田以外の執筆者は、山下祐介、人見剛、亘理格、宇佐美誠、緒方桂子である)。

<sup>19</sup> とはいえ、本稿において、課題のすべてを取り上げることができていないわけではない。たとえば、所有者探索の方策は、最も早期から重点的に検討されていた課題であった。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『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』(日本加除出版、大成出版、2016年)、『同〔第2版〕』(日本加除出版、大成出版、2017年)参照。しかし、この問題は、本稿では取り上げることができていない。また、2018年に入ってから明らかになってきた所在不明の共有者を含む農地を農用地利用集積計画に基づいて農地中間管理機構に賃貸する制度の構想(農水省構想)や、地域福利増進事業の事業者に対する土地権利付与の構想(国交省構想)についても、本稿の基になった報告の時期(2017年12月)の関係もあって、詳細には取り上げることができていない。本稿を補充する法律時報2018年8月号掲載予定の論稿(注1)参照)においては、本稿で取り上げることができていない課題の一部も取り上げるつもりである。

終焉から、不動産の無価値化さらには負財化という現象が生じてくる。これが、所有者不明土地問題の背景にある事情である。したがって、所有者不明土地問題は構造的な問題であって<sup>23</sup>、一定の対策を講じることによって簡単に解消するような問題ではない。この問題に向けた対応策は、多かれ少なかれ弥縫策という性格を帯びざるをえないであろう。しかし、だからといって手を拱いてよいというわけではない。弥縫的対応策であろうとも、できることはしなければならない。

## (ii) 所有者不明土地問題の2つの性格

次に、所有者不明土地問題には性格の異なる2つの問題があり、そのいずれであるかによって、問題の有り様が大きく異なることを指摘しておきたい。性格の異なる2つの問題とは、相対的負財に関する所有者不明土地問題と絶対的負財に関する所有者不明土地問題である<sup>24</sup>。

ある土地がその所有者にとって利活用の価値がなく、それを理由に法的小および物理的管理が放棄されているとする。しかし、その土地には、社会的には利活用の可能性があった。典型的には公共事業の対象になるなどである。ところが、事業主体がこの土地の取得を図ったところ、所有者の所在が不明であった。そうすると、用地取得が困難になる。ここでは、所有者にとっては利活用の可能性がないが、ある者にとってはその可能性があるという相対的負財が問題になっている。相対的負財に関する所有者不明土地問題とは、このように、所有者が不明であることそれ自体に、換言すれば法的小管理不全に問題があるわけである。

上の例と同様に、ある土地がその所有者にとつ

て利活用の価値がなく、それを理由に法的小管理が放棄されていた。しかし、今度は、この土地には、社会的にも利活用の展望がなく、単に放置され荒廃していつているものとする。主として山林や中山間地の農地などが想定されるが、都市部がこのような現象に無縁なわけではない。ここでの負財は、誰にとっても利活用の可能性がないという意味で、絶対的負財である。絶対的負財の問題性は、物理的管理不全のゆえに、周囲に悪影響を与えるところにある（山林荒廃に伴う水源保全機能の低下など。負の外部性）。換言すると、ここでの問題は、基本的には物理的管理不全という次元に見出される。

この2つの性格の区別は絶対的なものではなく、絶対的負財から相対的負財への移行はありうる。たとえば、まったく引取り手のない空き家およびその敷地を想定すると、これは、絶対的負財である。しかし、空き家除却などの措置を講じることによって隣接地所有者への譲渡が可能になることもありうる。ここでは、絶対的負財が相対的負財に移行するのである。負財への対応策を考える場合には、このような移行を追求することが重要である。しかし、このような移行がきわめて困難な絶対的負財が膨大に存在することもまた事実である。

## (3) 本稿の構成

本稿においては、まず、以下の3つの問題領域における所有者不明土地問題に対する法的対応策を検討する。第1は、所有者不明土地建物の利活用という観点からその公的取得を可能にする民法上の制度の検討である。具体的には、不在者財産管理制度を中心とする財産管理制度が取り上げられる(→Ⅱ)。第2は、現実の管理者はいるが所有関係が不明確になっている場合に、現実の管理者その他の者に権利関係をどのようにすれば集約しうるかという問題の検討である。具体的には、取得時効制度および不動産所有権の放棄が取り上げられる(→Ⅲ)。第3は、所有者不明土地発生の大きな要因と目されている相続未登記問題への対応

<sup>23</sup> 人口減少社会到来との関連でこれを強調する論稿として、石田光曠「アメリカランドバンク制度の概要と日本版構想」月報司法書士 554号(2018年)40頁参照。

<sup>24</sup> 相対的負財と絶対的負財という区別は、吉田・前掲注(14)22-23頁で提示したものである。そこでは、所有者がその物についての価値を認めず投棄・放棄を試みたり、管理不全状態に放置したりする財を「負財」と捉えつつ、他の者がそれに価値を認めることがある場合には「相対的負財」、その価値を認める者がまったく現れない場合には「絶対的負財」とする整理を行った。

策の検討である。ここでは、相続登記へのインセンティブ喚起策や、相続登記の義務化等の課題が取り上げられる（→Ⅳ）。そして、最後に、以上3つの領域における所有者不明土地問題への対応策に通底している土地所有権のあり方の問題の一端を検討する。ここでは、土地に関する基本理念をどのように再定位するかが課題となる（→Ⅴ）。

## Ⅱ 所有者不明土地建物の公的取得

### 1 問題の所在

#### （1）東日本大震災の復興事業と所有者不明土地問題

震災復興を目指す区画整理事業や住宅の高台への移転を柱とする防災集団移転促進事業などの用地取得に際して、所有者不明土地が阻害要因になるという事態がしばしば発生した。これを指摘する文献は枚挙に遑がないが、一例として、次のようなレポートを引いておこう<sup>25</sup>。

東日本大震災の被災地で、用地買収の難航による復興事業の遅れが深刻な問題になっている。津波によって震災前にあった住宅の5割以上が全壊または大規模半壊の被害を受けた岩手県大槌町では、住宅建設のスピードがなかなか上がらないことから、人口の4割近い4100人余りの住民が現在もなお、仮設住宅での生活を余儀なくされている。

細長いナスのような形をした大槌町では面積の大部分を山林が占めており、平地が少ない。そのため復興事業では防潮堤の建設や土地のかさ上げを伴う区画整理事業だけでなく、住宅の高台への移転を柱とする防災集団移転促進事業（防集事業）が多くを占めている。

その防集事業が今、大きな困難に直面している。

買収予定地の中で所有者がわからなくなったり、相続手続きの終わっていない土地が数多くあることが判明。町内のある地区では、江戸時代末期の文久年間に生まれた男性が所有者のままに

なっている土地が見つかった。

別の地区では大正時代の抵当権が現在も設定されたままになっているうえ、4名の債権者のうち1名の特定に時間がかかっている。町がこの地区で買収予定地となった墓地の登記簿謄本を調べたところ、表題部（所有者欄）に「◎◎(実名)ほか4名」とだけ記載されていた。「ほか4名」を探し出して相続人を特定しなければ、そもそも土地を取得することができないという問題に直面している。

「土地の取得が進まなければ、高台移転に支障が生じかねない」（青木利博・都市整備課長）と用地買収を担当する町幹部は焦りを強めている。

所有者不明土地問題が震災復興事業に対する深刻な阻害要因になっていることは、この問題が社会問題として認知される大きな契機となった。

#### （2）空き家問題・空き地問題と所有者不明土地問題

空き家問題・空き地問題もまた、近時、急速に大きな社会問題になってきた論点である。危険な空き家の除却措置については、所有者不明の場合についても、一定の対応策が講じられている（空家特措法14条10項。略式代執行。後述）。しかし、空き家対策の実効的な実施にとって、空き家の所有者が不明であることは、やはり大きな障害になる。これを指摘する資料として、所有者不明土地問題研究会（いわゆる「増田委員会」）が2017年6月に公表した『中間整理』による指摘を引いておこう<sup>26</sup>。

- ・長屋一棟であれば売却できる可能性が非常に高い場合でも、長屋の一部が所有者不明であると、売却不可の状態で放置するしかないとの相談を受けている。このままでは老朽危険家屋になる可能性が高い。
- ・空家等特別措置法に基づき管理不全な空家に指導を行う際、所有者不明のものや相続放棄により管理責任者が存在しないものがあり、指導が

<sup>25</sup> 岡田広行「所有者不明の土地が続出する被災地の実態——シリーズ用地買収①復興を止めているものは何か」東洋経済オンライン2014年04月19日号  
(<https://toyokeizai.net/articles/-/35587>)。

<sup>26</sup> 所有者不明土地問題研究会・前掲注(3)7頁。

できないケースがある。

- ・空家等特別措置法に基づく、所有者不明の特定空家等に対する略式代執行の措置件数の実績は平成27年度8件、平成28年度26件（平成29年3月31日時点国土交通省・総務省調査（速報値））。

以上の困難性に対処するために、不在者財産管理制度の活用が試みられている（→2）。しかし、そこにはなお、対応すべき制度的問題点も存在している（→3）。

## 2 不在者財産管理制度への着目

### （1）不在者財産管理制度を活用した所有者不明土地の取得と空き家処分の可能性

#### （i）震災復興事業等における不在者財産管理制度の活用

所有者不明土地を取得するためにまず活用が試みられたのは、財産管理制度、とりわけ不在者財産管理制度である。この制度の活用は、直接的には震災復興事業の実施に対応するためであったが、それは、震災復興事業に限定されず、より一般的な公共事業対応にも有効である。

震災復興事業促進を念頭に、関係する家庭裁判所は、『震災復興事業における財産管理制度の利用に関するQ&A』を作成して不在者財産管理制度の活用を促進しようとした。福島家庭裁判所の『Q&A』によれば<sup>27</sup>、東日本大震災の復興事業における用地取得に際して、次のような場合に不在者財産管理制度の活用が可能である。

①事業対象地の登記によれば、Aが所有者である。Aの住所地は津波被害地であり、Aの氏名が行方不明者名簿に記載されていた。警察に問い合わせたところ、Aの行方は未だ分かっておらず、未発見者証明書の発行が可能ということであった。

②事業対象地の登記名義人Bはすでに死亡して

おり、CDE 3名の相続人がいた。このうち、CDもすでに死亡しており、Cには2人の子が、Dには妻と子3人がある。ところが、Dの子の1人F（Dの相続人として対象地に18分の1の持分を有している）とは音信不通で、Fがどこに住んでいるのか分からない。Fを除く他の相続人は、遺産分割によって対象土地をEに取得させて、Eが事業用地としてその土地（評価額100万円）を町に売った代金から持分に応じた金銭を受け取ることに合意している。しかし、Fについては所在不明のため、同意を取り付けることができない。

①は、所有者不明ということではなく、津波による死亡の蓋然性がきわめて大きな者について不在者財産管理制度の適用を認めるものである。②が、所有者に連絡がつかないという意味での所有者不明土地にかかわる。不在者財産管理制度の対象になる民法25条の「不在者」は、従来の住所また居所から何らかの原因で離脱し、容易に復帰できない状態にある者と理解されている。Fが、この意味における不在者であるかは、定かではない。しかし、そのような場合でも、所有者不明土地状態である場合には、不在者財産管理制度の利用が認められるわけである。

②の延長線上に、所在が不明である相続人が複数存在するという事態もありうる。この場合には、複数の不在者財産管理人を選任し、所在が知れている相続人と不在者財産管理人間で遺産分割協議をすることになる。そして、復興事業によって事業主体が取得すべき用地は、所在が知れている法定相続人のうちの1人に相続させる一方、不在者の法定相続分については、当該用地を相続した者が、不在者が帰来したときに不在者に対して代償金を支払うことを内容とする遺産分割協議を成立させる、などの対応が求められることになろう。

#### （ii）空き家対策における不在者財産管理制度の活用

空き家対策でも、不在者財産管理制度を活用した例がある。これによって、行政代執行などの手続きよりも迅速な対応が可能になる。ここでは、

<sup>27</sup> 福島家庭裁判所『震災復興事業における財産管理制度の利用に関するQ&A』（2013年9月）（[http://www.courts.go.jp/fukushima/vcms\\_lf/20130911.pdf](http://www.courts.go.jp/fukushima/vcms_lf/20130911.pdf)）1-2頁。なお、仙台家庭裁判所など他の関係家庭裁判所の『Q&A』も、基本的に同文である。

東京都内における最初の例とされる世田谷区のケースを紹介しておく<sup>28</sup>。

東京都世田谷区は（2017年7月——引用者注）12日、民法の仕組みを使って所有者の所在がわからない空き家を解体したと発表した。都内では空き家対策特別措置法による行政代執行で空き家を取り壊す事例が葛飾区や品川区などで出てきているが、民法の仕組みを使った例は都内初だという。

特措法では所有者がわからない場合、略式代執行と呼ばれる手続きで空き家を解体する選択肢もある。今回同区は民法第25条に規定されている「不在者財産管理人」という仕組みを活用した。建物の解体や敷地売却などの手続きを管理人が一括して請け負う。自治体が建物を解体し、売却は別途手続きが必要な略式代執行に比べて迅速に行えるメリットがある。

不在者財産管理人の規定を活用するため区は利害関係人として4月、東京家庭裁判所に管理人選任を申し立てた。家裁は6月、弁護士を不在者財産管理人に選んだ。

管理人は7月3日、空き家を解体した。区はあらかじめ解体費用を家裁に納めていたが、敷地は隣接する住民が買い取る意向を示している。解体費用も住民が負担する方向で、区が納めた費用は返還される。

取り壊した空き家は北烏山地区にあり、73平方メートルの敷地に建つ述べ25平方メートルの木造平屋だった。同区が把握する空き家は417件。倒壊の恐れや景観を著しく損なう「特定空き家」は現在4件で、いずれも所有者の所在が把握できているという。

保坂展人区長は「私有財産にどこまで関与できるか考慮する必要はある」としたうえで、「同様の空き家が出てきた場合、街の安全や環境を考えれば同じ選択をするだろう」と話している。

## （2）収用制度・空家特措法との関連

### （i）収用制度との関係

事業用地の取得のための不在者財産管理制度の活用は、公共事業等を想定した土地取得制度であるから、収用制度との関係が問題になる。土地収用法では、所有不明土地を想定して、すでに一定の対策が講じられている。

ここでまず挙げるべきは、不明裁決制度である。すなわち、起業者（公共事業施行者）は、収用委員会の裁決を申請しようとするときは、裁決申請書の添付書類に土地所有者及び土地に関して権利を有する関係人の氏名及び住所を記載した書類を提出することが求められている（土地収用法40条1項2号ニ。以下、この項で条数のみ記載するのは、すべて同法の規定である）。ここでいう「土地所有者及び土地に関して権利を有する関係人」とは、登記記録にかかわらず裁決申請時点での真実の所有者等を指すこととされているが、例外的に起業者（公共事業施行者）が過失なくて知ることができないものについては<sup>29</sup>、記載することを要しないこととされている（40条2項）。これは、明渡裁決の申立てをする際に記載する「土地所有者及び関係人の氏名及び住所」についても同様である（47条の3第2項）。申立てを受けて行われる権利取得裁決、明渡裁決においては、収用委員会は収用補償を受けるべき土地所有者等の氏名および住所を明らかにして裁決することが当然に必要であるが（48条4項本文、49条2項）、それを確認することができないときは、例外が認められる（48条4項ただし書、49条2項）。この場合には、補償金は供託される（95条2項3号）。これが不明裁決制度である。

不明裁決制度は、2016年度の数値を紹介すると

<sup>29</sup> 「過失なくて知ることができない」とは、登記記録の調査、登記名義人への照会、戸籍・住民票の調査等によって起業者（公共事業施行者）が真摯な努力をしても知ることができない場合をいい、知ることができないに至った起業者（公共事業施行者）の調査内容について簡潔に記載した書類を提出することをもって、過失がないことを証明する必要がある（土地収用法施行規則17条2号イ）。

<sup>28</sup> 世田谷区、所有者所在不明の空き家民法規定で解体（日本経済新聞電子版2017/7/13 7:00、[https://www.nikkei.com/article/DGXLASFBI2H6U\\_S7A710C1L83000/](https://www.nikkei.com/article/DGXLASFBI2H6U_S7A710C1L83000/)）。

<sup>30</sup>、収用裁決件数 154 件のうちの 60 件を占める。全体に占める比率は約 39%であり、かなりの利用率であるといつてよい。60 件の内訳は、所有者の氏名や所在が判明しないケースが 36 件、その他、土地所有者等の氏名・住所は判明したが、権利関係が確定できないケース等が 24 件である。

さらに、国交省が用意した前出の「円滑化特別措置法案」においては、収用に関する特例措置が提案されている（法案 27 条以下）。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用地取得を認めるという特例である。特例措置の対象になる土地については、2 つの限定がかかっている。1 つは、判明している共有者で反対する者がいない土地、あるいは所有者の全てが不明者である土地という点である（法案 29 条 2 項、28 条 3 号）。他の 1 つは、定型的な補償算定が困難な建築物が存在しない土地（法案 2 条 2 項の「特定所有者不明土地」の定義参照）、要するに補償額の算定が容易な土地である。このように、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を認めようというわけである。

公共事業の用地取得のための不在者財産管理制度の活用は、これらの収用制度を排除するわけではない。それは、これらの土地収用法上の制度と併存し、用地取得の機能を分担することになる。いわば、多元的な公的土地取得制度が構築されているわけである。それは、所有者が判明している通常のケースにおいて、土地収用制度と任意取得制度とが何ら排他的な関係にないことと同じである。

## （ii）空き家に関する略式代執行制度との関係

空き家については、所有者不明の場合を想定した略式代執行制度（空家特措法 14 条 10 項）が用

意されている。

行政上の義務については、義務者がそれを履行しない場合に、「他の手段によってその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められる」ことを要件として、行政庁が、自ら義務者のなすべき行為をなし、または第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収するという形の強制執行が認められている（行政代執行法 1 条、2 条）。

空き家対策として、市町村長は、「特定空家」等に関して、除却、修繕、立木竹の伐採その他周辺の生活環境の保全を図るために必要な措置をとるよう助言または指導をすることができ（空家特措法 14 条 1 項）、さらにこれが功を奏しない場合には、周辺の生活環境の保全を図るために必要な措置をとることを勧告することができ（同条 2 項）、それでも功を奏しない場合には、その勧告に係る措置をとることを命ずることができる（同条 3 項）。そして、所有者等がこの命令に応じない場合には、市町村長は、行政代執行を行うことができる（同条 9 項）。

問題は、空家特措法 14 条 3 項の措置を命ぜられるべき者を確知することができない場合、すなわち所有者不明の場合にどうするかである。その場合には、「過失がなくてその措置を命ぜられるべき者を確知することができないとき」という要件の下で、「市町村長は、その者の負担において、その措置を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者に行わせることができる」ものとされる（同条 10 項）。これが空家特措法上の略式代執行である。

空き家除却のための不在者財産管理制度の活用は、この略式代執行制度を排除するわけではない。それは、略式代執行と併存し、空き家除却の機能を分担することになる。それは、収用制度と不在者財産管理制度との関係と同じである。

## 3 不在者財産管理制度等活用への3つの課題

不在者財産管理制度は、所有者不明土地取得等を想定して制度設計されているわけではない。所

<sup>30</sup> 国土交通省「現行制度における 所有者不明土地への対応について」（<http://www.mlit.go.jp/common/001207648.pdf>）参照。

有者不明土地取得のためにこの制度を活用していくには、いくつかの課題に対処していく必要がある。

### (1) 制度の基本的位置づけの変容

#### (i) 現行の不在者財産管理制度の基本的位置づけ

民法上の不在者不在者財産管理制度(民25条以下)は、改めていうまでもなく、従来の住所又は居所を去った者(不在者。生死分明な者も不分明な者も含む)の財産管理を確保するための制度である。それは、当然のことながら、「人」中心の制度であり、制度設計も、そのような観点から行われている。所有者不明土地問題との関連で重要なものは、次の2点である。

①不在者がその財産の管理人を置かなかったときは、家庭裁判所は、利害関係人等の請求に基づいて、財産管理について必要な処分(中心は、財産管理人の選任)を命ずることができる(民25条1項)。この処分の審判事件を管轄するのは、「不在者の従来の住所地または居所地を管轄する家庭裁判所」である(家事事件手続法145条)。不在者という「人」に着目する以上、当然の制度設計である。

②不在者の財産管理人は、財産目録を作成しなければならない(民27条1項)。この対象となる財産の範囲については、後見人の財産目録作成義務に関する古い判例ではあるが、「後見人カ調製スヘキ被後見人ノ財産目録ハ其財産ノ全部ヲ掲載スヘキモノタルコト勿論ナルヘシ」として、全財産を対象とすべき旨を明示しているものがある(事案においてはわずかな遺漏があったが、作成された目録は有効とされた。大判明治42年11月16日民録15輯896頁)。不在者財産管理人についても、同様の考え方になるはずである。これも、人の財産管理である以上、当然の考え方ということになるであろう。

#### (ii) 震災復興事業における不在者財産管理制度

##### (a) 制度の柔軟な運用

しかし、この基本的位置づけに基づく制度の厳

格な運用では、復興事業における土地取得はうまく動かない。そこで、家庭裁判所は、復興事業に関しては、上記の2点に関して柔軟な運用を図っている。すなわち、①まず、申立家庭裁判所に関しては、「不在者の従来の住所地または居所地を管轄する家庭裁判所」ではなくて、財産所在地の家庭裁判所でも認めるという運用がなされている。②次に、財産目録に関しては、少なくとも家裁への申立てに際しては、全財産ではなく、買取対象不動産のみを記載した財産目録の提出で足りるという扱いが認められている。

その点を明確に示しているのは、国会における次のような政府参考人(法務省民事局)からの答弁である<sup>31</sup>。

「裁判所から聴取したところによれば、各家庭裁判所における運用上の工夫として、復興事案に係る自治体の不在者財産管理人の選任申し立てにつきましては、不在者の従来の住所地、これが本来の申し立てる裁判所ですが、のみならず、買い取り対象不動産の所在地の家庭裁判所への申し立てを認めること、また、一般的に添付書類としてさまざまなものを要求していますが、添付書類としては、買い取り対象不動産のみを記載した財産目録の提出を許容するといった柔軟な対応をとって、迅速な審判に向けた努力をしているということでございます。

こうした迅速な審判に向けた努力のほか、各家庭裁判所では、「財産管理制度の利用に関するQ&A」を作成して自治体に周知するというような活動をしてきております。(下線は、引用者による。)

この答弁において言及されている家庭裁判所の『Q&A』においては、柔軟化に関するスタンスは、ややトーンダウンした形で示されている。たとえば、先にも引いた福島家庭裁判所『震災復興事業における財産管理制度の利用に関するQ&A』

<sup>31</sup> 第185回国会(衆議院)法務委員会第2号(2013年10月30日)深山卓也政府参考人(法務省民事局)答弁。  
[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua/000418520131030002.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua/000418520131030002.htm)

における説明は、次のようである<sup>32</sup>。

問4 不在者財産管理人の選任はどこに申し立てればよいのですか。問2 不在者財産管理人の選任は誰が申し立てることができますか。

回答 不在者の従来の住所地又は居所地を管轄する家庭裁判所です。不在者の財産所在地を管轄する家庭裁判所でも申立てを受け付けることができる場合がありますので、当該家庭裁判所に御相談ください。

問5 申立ての際にはどのような書類や資料が必要ですか。

回答 ①～③ 省略

④不在者の財産に関する資料：例えば、不在者が所有する不動産の登記事項証明書や土地評価調書の写し、預貯金等の残高がわかる書類などです。詳細な財産の調査は不在者財産管理人が行いますので、入手できる範囲の資料を提出いただければ十分です。

(下線は、引用者による。)

国会における断定的な政府参考人答弁とは異なり、ここでは、柔軟化の可能性が語られるだけである。このトーンダウンは、これらの柔軟化について法律上の根拠があるかが必ずしも明らかではないことを反映しているのであろうか。しかし、ともあれ、現実には、柔軟化した考え方で手続が進められていることはたしかである。

#### (b) 基本的位置づけの変容とその正当性

以上の特例的扱いは、人中心の財産管理制度に加えて、財産中心の財産管理制度が承認されつつあることを示している。財産所在の家庭裁判所への申立て許容は、そのような変容を明瞭に示しているし、添付書類の柔軟化も、同様の志向である。

添付書類の柔軟化が、財産管理人の財産目録調製義務(民27条1項)の緩和までもたらしているかは、上記の資料からは明らかではない。しかし、先に確認した原則的考え方に従って全財産を対象にした目録作成を求めることは、復興事業関連における用地取得を想定した不在者財産管理人の活

用にとっては、事態適合的ではない。相続がらみで権利者が多数になり、その一部または全部と連絡が取れなくなっている場合に、この多数の権利者のすべてについて全財産の目録を作成することは、現実的に困難でもあるし、当面の目的にとって必要でもないからである。実際の実務においては、この義務もまた緩和されているものと推測される。仮にこの推測が正しいとすると、ここでも、財産管理制度は、財産中心のものへと大きく移行していることになる。

震災復興さらには公共事業のための土地取得の必要性という観点から見れば、財産中心の財産管理制度の運用は、いうまでもなく正当なものである。その方向は、さらに推進することが望ましい<sup>33</sup>。しかし、これを現行法制の下で正当化しうるかは、それほど簡単な問題ではない。現行の財産管理制度は、やはり人中心に構築されているからである。必要性の観点から柔軟な運用を認めるということだけで満足するのか、さらに強固な法理論的正当化を求めるのか。後者を志向するのであれば、立法的手当も射程に入れて問題を検討すべきことになろう。真剣に取り組むべき課題だと思われる。

## (2) 利益相反行為の特例

財産管理制度運用の際の第2の問題点は、利益相反行為禁止の原則の適用にかかわる。

### (i) 現行の取扱い

公共事業における公的取得の対象になる財産について所在を確認できない所有者(共有者)が複数存在する場合に、各人について不在者財産管理人を立てる必要があるであろうか。あるということで実務は動いている。そうしないと利益相反行

<sup>33</sup> 国土審議会土地政策分科会特別会において、財産管理制度の「スポット運用」の可能性を認めるという方向が指摘されたことがある。つまり、財産管理人を所有者不明土地を任意売却するためだけに選任し、終わったらすぐに解任するという運用である。第3回会合(2017年12月5日)における三原秀哲委員の発言を参照(議事録15頁)。http://www.mlit.go.jp/common/001217079.pdf。これも、財産中心の財産管理制度を志向する発想である。

<sup>32</sup> 前掲注(27)2-3頁。

為禁止原則に抵触するからである。国会において、この点の特例を認めるべきではないかという質疑がなされた際に、時の法務大臣は、明確にそれはできない旨を答弁している<sup>34</sup>。

○階委員 ……そういう複数の不在者に同一の不在者財産管理人を選任する運用をするべきではないかと思っておりますけれども、この点について、大臣からお願いします。

○谷垣国務大臣 できるだけ不在者財産管理人の数を減らして有効に働いていただくという御提案でございますが、例えば共同相続人の中に複数の不在者がいる場合、これは利益相反があるということも多々あるわけですね。したがって、そういうことを考えますと、原則としては不在者ごとに異なる管理人が選任される仕組みに今なっているわけで、それは十分な根拠があるのではないかと私は思っております。(下線は、引用者による。)

## (ii) 対応策

しかし、当然ではあるが、多数の所在不明者についてすべて財産管理人を選任する負担は大きなものである。現実には、どのようにしてこの困難性に対処しているのだろうか。

①現実に採用された対応策は、弁護士会および司法書士会に依頼するなどして、財産管理人の候補者を確保するというものであった。利益相反行為禁止原則が適用されることを前提として、数を確保することで対処するということである。

たとえば、復興庁・法務省・国土交通省が作成した「用地取得加速化プログラムの具体的内容」(2013年10月21日)<sup>35</sup>によれば、この点に関する対応策は、基本的には財産管理人の候補者を確保することであり、弁護士会および司法書士会に依頼して、岩手県157名、宮城県255名、福島県69名を確保したと報告されている(福島についてはさらに75名を確保予定とされている)。これに

加えて、復興局において継続的に財産管理人の需要を事前に把握し、需要ひっ迫時に備え、他県の弁護士、司法書士の応援を要請するという対応策が提示されている。

これは、現行制度を変更しないで問題に対処する試みである。

②これに対して、現行制度を変える試みもあった。震災復興の課題との関連で、民主党主導で議員立法の試みがなされたのである。「東日本大震災からの復興の推進のための復興整備事業の実施に必要な権利者による土地等の処分の迅速化に関する法律案」(2013年6月24日衆議院議案受理)である。そこでは、特例として、遺産分割について、1人の不在者財産管理人が複数の共同相続人等を代理することを認めるという方向が示された<sup>36</sup>。

提案趣旨の説明に当たった民主党議員・階猛は、

<sup>36</sup> 以下に、関連する部分の条文案を掲げておく。

(復興整備事業に係る不在者財産管理人に関する民法等の特例等)

「第6条 復興整備事業の実施のために権利者による処分が必要となる土地等について、遺産の分割がされおらず、かつ、複数の共同相続人又は包括受遺者(以下「共同相続人等」という。)が不在者であるときは、弁護士等である不在者財産管理人(以下「弁護士等不在者財産管理人」という。)は、民法第108条その他の法令の規定にかかわらず、当該土地等を含む遺産の分割について、当該不在者である複数の共同相続人等を代理することができる。

2 弁護士等不在者財産管理人は、前項の規定により不在者である複数の共同相続人等を代理して遺産の分割の協議等を行うときは、これらの各共同相続人等のために公平にその職務を行わなければならない。

3 家庭裁判所は、第一項の規定により不在者である複数の共同相続人等を代理して遺産の分割の協議等を行った弁護士等不在者財産管理人から当該遺産の分割について民法第28条の規定による許可を求められた場合には、当該遺産の分割の内容がこれらの各共同相続人等の間の公平を不当に害することがないと認めるときに限り、当該許可をすることができる。

第7条 復興整備事業の実施のために権利者による処分が必要となる土地等を含む遺産について不在者財産管理人が不在者である共同相続人等を代理して分割の協議等を行う場合においては、不在者財産管理人は、当該土地等の使用の状況、不在者である共同相続人等の所在が将来明らかになる可能性等を勘案して適当と認めるときは、不在者である共同相続人等の利益を確保した上、所在が明らかな共同相続人等が当該土地等を取得することについて配慮するものとする。」

<sup>34</sup> 第185回国会(衆議院)法務委員会第2号。前掲注(31)。

<sup>35</sup> [http://www.reconstruction.go.jp/topics/main-cat1/sub-cat1-15/20131021\\_youchi.pdf](http://www.reconstruction.go.jp/topics/main-cat1/sub-cat1-15/20131021_youchi.pdf)

次のように述べている<sup>37</sup>。

○階委員 これは、不在者財産管理人が要するに利益相反という問題があるがために個々の権利者ごとに選任されなくてはいけないというネックがありますので、私どもは、民法 108 条という利益相反を防ぐための規定について特例を設けまして、利益相反が典型的に生じる場合ではあるけれども、この場合、つまり、復興のための用地を取得するという大きな公益的な目的があれば、共同相続人全体の利益を害さないような手だてを講じた上で、不在者財産管理人は 1 人でもいいですよというような仕組みを設けようとしたわけです。(下線は、引用者による。)

③この利益相反行為問題の根本には、弁護士および司法書士の法律専門職としての位置づけの問題がある。弁護士や司法書士という法律専門職は、特定の顧客の代理人であって、複数の依頼者間の公平な利害調整者という位置づけを与えられていない。それゆえ、弁護士の法曹倫理、司法書士の職業倫理上、利益相反行為を厳格に禁止されるのである。

多少敷衍すると、まず弁護士は、依頼者との関係において自由と独立の立場を保持しつつ(弁護士職務基本規程[2004年規第70号]20条)、依頼者の権利および正当な利益を実現する(同21条)。利益相反行為は当然に禁止され(同28条)、その結果、遺産分割で複数の共同相続人の代理人になることは、共同相続人間に協力関係が存在している場合を除いて許されないものとされる<sup>38</sup>。

他方で、司法書士は、「職務の公正を保ち得ない事由のある事件については、職務を行ってはならない」(司法書士倫理23条)ものとされる。ここには、利益相反行為の禁止が当然に含まれる<sup>39</sup>。司法書士の中心的職務である登記申請代理については、双方代理を厳しく問題にする必要はなかつ

た。現に、ここでは双方代理による登記申請が行われていた。しかし、司法書士に簡裁代理権が認められるようになると、とりわけ利益相反行為に留意する必要があると指摘されている<sup>40</sup>。司法書士が不在者財産管理人に選任される場合にも、同様である。

これと対照的なのが、フランスにおける相続関係の処理である。フランスにおいては、公証人が相続関係の処理に当たって決定的に重要な役割を果たしていることは、日本においても広く知られている。その際に、公証人は、1人の相続人ではなく、全相続人を相手に、遺産分割を含めた利害関係の調整を行う。公証人は、公的な性格を持ち、相続における公平で中立的な利害調整人としての位置づけを与えられていることがその前提である<sup>41</sup>。

そのような役割を、日本の弁護士・司法書士が果たすことが可能か。何らかの手当なしにはそれは不可能であろう。たとえば、官公署からの委嘱を受けることによって、フランスの公証人のような位置づけを付与することが可能か。これらは、喫緊の検討課題である。

### (3) 財産管理制度利用における公的主体のイニシアティブ

財産管理制度活用に関する第3の課題は、公的主体のイニシアティブが制度的に確保されているかである。

#### (i) 現行法上の扱い

まず、現行法における扱いを確認しよう。家庭裁判所への申立権者は、不在者財産管理制度においても相続財産管理制度においても、利害関係人および検察官である(民25条1項、民952条1項)。したがって、利害関係人からの申立てを期待

<sup>37</sup> 第185回国会(衆議院)法務委員会第2号。前掲注(31)。

<sup>38</sup> 『解説・弁護士職務基本規程(第2版)』(2012年)83-84頁、『同〔第3版〕』(2017年)95-96頁。

<sup>39</sup> 司法書士倫理研究会『註釈・司法書士倫理』(2004年)31頁参照。また、司法書士倫理28条も参照。

<sup>40</sup> 加藤新太郎「司法書士倫理の構築」司法書士倫理委員会・前掲注(39)182-183頁参照。

<sup>41</sup> フランスにおける公証人の法的地位や、規制緩和を志向する近時の制度展開およびそれへの批判については、吉田克己「フランス公証人制度の特質——マクロン法をめぐる議論を通して」『江藤价泰先生追悼論集』(日本評論社、近刊予定)を参照。

できない所有者不明土地については、検察官のイニシアティブが期待されることである。

しかし、検察官は、実際にはこの申立てを行っていない。そこで、「所有者が死亡し、相続人もわからない空家の処分を進めるため、大阪弁護士会が大阪地検に対し、『相続財産管理人』の選任申し立てを積極的に行うよう申し入れした」(2017年5月)というような事態となるわけである<sup>42</sup>。

## (ii) 市町村長による申立て

現実的に期待しうるのは、市町村長である。それでは、市町村長は、民法 25 条、民法 952 条 1 項の「利害関係人」に入るであろうか。入るといのが実務上の扱いであり、現にそのように動いている。たとえば、すでに何回か引いている福島家庭裁判所の『Q&A』<sup>43</sup>は、次のように述べて、市町村長による不在者財産管理人選任の申立てを認めている。

問2 不在者財産管理人の選任は誰が申し立てることができますか。

回答 利害関係人等です。公共事業のための用地取得を目的として不在者財産管理人の選任を申し立てる場合、当該事業主体である自治体は利害関係人に該当すると解されています。(下線は、引用者による。)

しかし、これは、あくまで「利害関係人」としての申立てである。したがって、上記『Q&A』にあるように、公共事業のための用地取得を目的とするなどの「利害関係」を有することが必要である。この「利害関係」は、固定資産税などの税金滞納によって租税債権を有していることも含むので<sup>44</sup>、かなり広い範囲をカバーすることができる。しかし、それでも、申立てが必要と認められる場合でありながら、市町村長を「利害関係人」に位置づけることが難しくなることもありうる。

<sup>42</sup> <https://blogs.yahoo.co.jp/mimasatomo/43243999.html>

<sup>43</sup> 前掲注(27)1頁。

<sup>44</sup> 正影秀明『相続財産管理人、不在者財産管理人に関する実務』(日本加除出版、2018年)72-73頁参照。

より一般的な公共的利益(お上の利益ではなくて、市民総体の公共的利益)の体现者として、市町村長を申立権者として位置づけるのが適切であろう<sup>45</sup>。

前出の「円滑化特別措置法案」は、このような観点に立つ改革案を提示している。そこでは、「利害関係人」という把握を離れて、「所有者不明土地につき、その適切な管理のために特に必要であると認める」ときに、市町村長による不在者財産管理人および相続財産管理人の選任請求を認めるという改正案が提案されているのである(法案 38 条)。市町村長を一般的な公共的利益実現を担う主体と位置づけるもので<sup>46</sup>、適切な改正案といえるべきである<sup>47</sup>。

## III 権利関係の集約・整理

### 1 問題の所在

所有者不明土地には、次のような法的問題の検討を要請するものがある。①ある土地建物の利用・管理は行われているが、相続を経るなどの事情で複雑な遺産共有状態が発生し、他の相続人の

<sup>45</sup> フランスにおける検察官はそのような位置づけであり、明治期の日本も、そのような位置づけの検察官制度をフランスから導入したはずである。しかし、日本における現実の運用では、検察官は、刑事における起訴権限を中心に把握され、もともとの位置づけは忘れ去られていった。検察官が財産管理人選任等に関わらなくなっているのは、そのためであろう。

<sup>46</sup> 国土審議会土地政策分科会特別部会においても、この申立権は、「地方公共団体が地域の良好な生活環境を維持する責務があるところから、財産管理制度についての申立権を付与してもらいたい」という要望を受けたものであるとの説明がなされている。第3回特別部会(2017年11月28日)議事録11-12頁(法務省民事局説明)。http://www.mlit.go.jp/common/001217079.pdf

<sup>47</sup> なお、成年後見関係では、「65歳以上の者につき、その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」について、市町村長に申立権を認めている(老人福祉法32条)。実際にも、市町村長による申立ては増加傾向にある。成年後見申立件数全体に対して、2009年には約9.0%であったのに対して、2015年には約17.3%になっている。前者の数値は、赤沼康弘「法定後見制度」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』(日本評論社、2011年)6頁に、後者の数値は、内閣府『成年後見制度の実情』(http://www.cao.go.jp/seinenkouken/iinkai/1\_20160923/pdf/siryu\_8.pdf)による。

全部または一部について、それが誰であるか、また何処に所在しているかなどが不明になっている。その場合に、現実の利用・管理者（相続人の1人である場合が通常である）に当該土地建物の権利関係を集約することが可能であろうか。②ある土地建物の利用・管理が行われず、数次の相続を経た権利者のすべてが不明である場合について、①で想定される手法を同様に活用することができるであろうか。

以下では、このような問題に対処するという観点から、取得時効制度と不動産所有権放棄の法理を取り上げる。取得時効制度は、①の問題にしか対応することができないが、所有権放棄法理の活用は、①②双方に対応することが可能である。なお、この2つの法理は、二者択一的なものではなく、具体的状況に応じて使い分けるべきものであることにも、予め留意しておきたい。

## 2 取得時効の活用

### (1) 問題の提示

ある閣僚から、所有者不明農地に関連して、「事実上の管理者」について時効取得を可能にする制度を早急に検討する必要があるとの問題の提示がなされたことがある（2017年4月25日経済財政諮問会議における山本有二農林水産大臣の発言<sup>48</sup>）。次のようである。

昨年、全農地について調査したところ、約2割の農地が、相続未登記及びそのおそれのある農地であることが判明した。これらの農地は、未登記であるために機構への円滑な貸付けが行えず、農地集積の大きな障害となりつつある。農地制度上とり得る対策は講じているが、これを越えて、事実上の管理者の判断による貸付けや、さらにその者による時効取得を可能とする制度など、早急に新たな措置を検討する必要がある。（下線は、引用者による。）

<sup>48</sup> <http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/minutes/2017/0425/gijiyoushi.pdf> において議事録を閲覧することができる。引用の発言は10頁にある。

これが可能であれば、権利関係を、事実上の利用・管理者に集約することが可能になる。

### (2) 検討

#### (i) 問題の明確化

「事実上の管理者」が他主占有者である場合には、取得時効は不可能である。取得時効成立のためには、当初の占有が他主占有である場合には、当該占有が自主占有に轉換していることが不可欠の条件である。

この轉換が現実の問題になるのは、「事実上の管理者」が共同相続人の1人である場合である。共同相続人以外の者が「事実上の管理者」になっても、その占有の自主占有への轉換を認めることは難しい。現に、上記の発言の基礎になった資料には、「事実上の管理者（相続人の1人）」と明記されている<sup>49</sup>。問題は、「事実上の管理者」一般についてのものではない。

#### (ii) 問題の所在

「事実上の管理者（相続人の1人）」は、遺産共有者である。遺産共有に属する不動産の全部を相続人の1人が使用することは法的にも可能であるが（民249条）、その場合の占有は、他の相続人の共有持分の時効取得を可能にする自主占有ではない<sup>50</sup>。そこで問題になるのが、この他主占有の自主占有への轉換が認められるかである。あるいは、共同相続人の1人は、相続開始によって直ちに自

<sup>49</sup> 2017年4月25日財政経済諮問会議における参考資料4参照。[http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/minutes/2017/0425/sankou\\_04.pdf](http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/minutes/2017/0425/sankou_04.pdf)

<sup>50</sup> この点については、次のように判示する下級審裁判例がある。「共同相続人の一人のみが相続財産につき現実の占有をしているからといって、その全部につき自主占有をするものではないと解すべきである。この場合、共同相続人の一人がその相続分につき自主占有を有することは疑がなく、相続分は一の観念的分量にすぎないから、占有の観点からは相続財産全部につき自主占有を有するともいえそうであるが、他の共同相続人との関係においてはその権原の性質上その者の相続分につきその者のために占有するものというほかに、その限りにおいてその占有は他主占有と認めざるをえないのである」（東高判昭和44年11月8日判時578号53頁。後掲【3】判決の原審判決）。

主占有を取得することが可能かも問題となる。

### (iii) 新たな自主占有の取得

#### (a) 一般原則

まず一般原則を確認すると、判例によれば、共同相続人には、新たな独自の占有開始が認められる可能性があり、それが自主占有として認められる可能性もある。その点を示す2つの最高裁判決を以下に掲げる。

【1】最判昭和46年11月30日民集25巻8号1473頁

「以上の事実関係のもとにおいては、上告人らは、右訴外人の死亡により、①本件土地建物に対する同人の占有を相続により承継したばかりでなく、②新たに本件土地建物を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したものというべく、したがって、③かりに上告人らに所有の意思があるとみられる場合においては、④上告人らは、右訴外人の死亡後民法185条にいう「新権原ニ因リ」本件土地建物の自主占有をするに至ったものと解するのを相当とする。」(①～④は引用者による)

【2】最判平成8年11月12日民集50巻10号2591頁

「被相続人の占有していた不動産につき、相続人が、①被相続人の死亡により同人の占有を相続により承継しただけでなく、②新たに当該不動産を事実上支配することによって占有を開始した場合において、③その占有が所有の意思に基づくものであるときは、④被相続人の占有が所有の意思のないものであったとしても、相続人は、独自の占有に基づく取得時効の成立を主張することができるものというべきである」(①～④は引用者による)。

上記の判例法理の論理を整理すると、次のようになる。すなわち、判例法理は、相続人について、被相続人から承継した占有(←①)だけでなく、その独自の占有も認めている(←②)。そして、被相続人の占有が他主占有である場合でも、相続人

の独自の占有が自主占有でありうることを認めている(←④)。自主占有であるためには、所有の意思があるとみられることが必要である(←③)のは当然である。

この論理は、きわめて明快である。ところが、【1】判決は、この明快な論理に加えて、このような自主占有性が、民法185条の「新権原」によって肯定されるものとしている(←【1】判決④)。新権原は、被相続人から承継した占有について問題となるものであって、相続人独自の占有を認める場合には、問題となる余地のない概念である。この点で、【1】判決の論理は、混乱しているといわざるをえない。実際、その後の判例である【2】判決は、【1】判決を引用し、その判旨をなぞる形で一般論を展開しているが、新権原云々の部分は、判示から外れている。この【2】判決の立論が正当である。この論点に関する法律構成においては、【1】判決が述べる「新権原」は、除外して考えるべきである。

#### (b) 共同相続人の1人によるある財産全部の占有

共同相続人の1人Aが、遺産に属する不動産の1つの全部を占有していても、Aは、前述のように、その財産の他の共同相続人の相続分について自主占有をするものではない。したがって、そのままでは、Aについてその財産全部についての取得時効が成立することはない。取得時効成立のためには、Aによるその財産に対する自主占有の取得が必要である。

この点に関する判例の準則は、単独相続への信頼があつて初めて自主占有の取得が可能になるというものである。それを示す判例を次に掲げる。

【3】最判昭和47年9月8日民集26巻7号1348頁

「共同相続人の一人が、単独に相続したものと信じて疑わず、相続開始とともに相続財産を現実占有し、その管理、使用を専行してその収益を独占し、公租公課も自己の名でその負担において納付してきており、これについて他の相続人がなんら関心をもたず、もとより異議を述べた事実もなかったような場合

には、前記相続人はその相続のときから自主占有を取得したものと解するのが相当である」（下線は、引用者による）。

【4】最判昭和54年4月17日判時929号67頁

【3】判決の法理を述べた上で、具体的事案の下で、次のように自主占有を否定した。「これを本件についてみると、右事実によれば、被上告人は他に上告人ら共同相続人のいることを知りながらあえて上告人ら名義の虚偽の相続放棄の申述をすることによって本件不動産につき単独名義の相続登記をしたというのであるから、被上告人の単独の自主占有の成立を疑わせる事実があることが明らかであるといわなければならない。」

(c) ここでの問題をどう考えるか？

(ア) 単独相続への信頼：その1

【3】判決においては、問題となっている財産は、被相続人の単独所有に属する。これに対して、問題となる財産について、被相続人は、共有持分しか有していないというケースを考える。被相続人も共同相続人の1人で、その相続が未処理の場合に生じる状況である。しかし、「事実上の管理者」（以下、Aとする）は、当該不動産が被相続人甲の単独所有で、かつ、自分だけが単独で相続したと信じているとする。この場合には、どのように考えるべきであろうか。

結論的には、Aは、甲の共有持分だけを相続しているにすぎないが、先の【3】判決の準則に準じて、Aには自主占有が認められると解してよいように思われる。単独相続への信頼が自主占有を基礎づけるとすれば（【3】判決）、単独相続への信頼+被相続人の単独所有への信頼も、自主占有を基礎づけると考えるのが自然だからである。

(イ) 単独相続への信頼：その2

Aは、当該不動産が先々代の相続（第1次相続）に基づく共有不動産で、甲は共有者の1人にすぎないことを知っていた。しかし、甲の相続（第2次相続）において相続人はA以外にはいず、また、Aは、第1次相続における他の共有者=相続人が権利主張をしてくる可能性はないものと信じ、自

分が相続を通じて単独で当該不動産を取得しうると信じていたとする。このような場合にも、先の

【3】判決の準則に準じて、あるいは、その前提となっている【1】判決の「所有の意思」の意義を柔軟に解することによって、Aの占有を自主占有と解する余地はあるものとする。

(ウ) 単独相続への信頼の不存在

Aが、第2次相続において甲には他に相続人がいることを知っている場合。この場合には、【4】判決の趣旨からしても、Aの占有を自主占有と解するのは難しいであろう。

(iv) 民法185条に基づく自主占有への転換

上記の法理によって相続開始時における自主占有の取得が認められなくても、その後の事情に基づいて自主占有への転換が認められることがありうる。この根拠は、民法185条である。その中には、所有者が所在不明になっているケースもある。次の判決は、そのようにして自主占有への転換が認められた事例である。

【5】名古屋高判昭和57年12月27日判時1075号127頁

共同相続ケースではない。家督相続者Bが承継した不動産を弟のAが管理してきたところ、Bは、この不動産の管理に無関心で、遺産中の山林等をAに処分させて資金をつくり上京してしまい、上京後も、Aが引き続き本件土地、建物の占有を継続独占し、公租公課の一切を納入しているにも拘らず、それらのことに全く無関心で何の意思の表明もしなかったという事案である。この判決は、次のように他主占有から自主占有への転換を認めている。

「所有者（B）のこのような態度は、占有者（A）をして所有の意思を抱かせても止むえない客観的情勢をみずから作出したものというべく、他方、Aは右を契機として益々実質上の当主としての意識を強め、完全に本件不動産の占有・管理を支配するに至ったとみられるのであるから、かかる状況は、占有者たるAにおいてBに対し黙示に自主占有の意

思を表明したと同一に評価できるものというべきである。従って、Aの本件占有は、……Bが上京した後の昭和25年1月1日以降自主占有に変じたものと認めるのが相当である。」民法185条の「所有の意思表示」に基づく自主占有への転換である。事案は共同相続ケースではないが、共同相続ケースにも当てはまる議論である。このような転換が可能であること自体には、問題はない。

#### (v) 小括

①先に触れた経済財政諮問会議での取得時効に関する問題提起は、以上の各場合のどこまでを射程に収めているのであろうか。現在の判例法理では取得時効の成立を認めるのが難しい(iii)における(ウ)のケース(単独相続への信頼が存在しないケース)を含めて、これらすべての場合に取得時効が可能になるように制度改正＝民法改正をするということであろうか。仮にそうだとすると、それは、取得時効に関する伝統的考え方を覆すことになる。たしかにその必要性があるといえはるが、そこまで進んでよいか。別の方向(具体的に想定しているのは、土地所有権の放棄である)がないかも検討し、その上で方向を定めるようにするのが穏当な方向であろう。

②取得時効法理の活用による権利関係の集約には限界もある。すなわち、共有者の1人が現に当該不動産を利用・管理していないと、この集約は可能にならないのである。取得時効が自主占有を前提とする以上、その活用のためには、自主占有と評価しうるような支配が必要だからである。つまり、本章(Ⅲ)の最初に1「問題の所在」において整理した②の場合(ある土地建物の利用・管理が行われず、権利者のすべてが不明である場合)については、この法理の活用は不可能である。

③このようにして、別の法理として不動産所有権放棄法理を活用するという方向が浮上する。これについては、項を改めて3において検討する。

④なお、事実上の管理者による処分を通じて事業実施主体の取得を可能にするためには、登記を

事実上の管理者の名義にする必要がある。この登記については、取得時効の場合には、原権利者と時効取得者との共同申請が必要というのが現在の考え方である。しかし、原権利者の所在等が不明であるわけであるから、共同申請は事実上困難であり、この登記のためには判決が必要になるという事態が想定される。取得時効を所有者不明土地問題の対応策として実効的なものにするためには、この問題点への対応も必要であろう。取得時効は原始取得であるという古典的な取得時効理解が、ここでの対応策のヒントになるであろうか。

### 3 不動産所有権放棄・共有持分放棄の意思の認定

#### (1) 問題の構図

1「問題の所在」で整理した②の場合において不動産所有権の放棄の意思を認定することができれば、当該不動産は、国庫に帰属する(民239条2項)。1で整理した①の場合には、放棄の対象は共有持分になる。その放棄の認定が可能であると、放棄された共有持分は他の共有者に帰属する(民255条)。「事実上の管理者」以外の共有者の放棄を認定することができれば、権利関係は「事実上の管理者」に集約される。いずれの場合においても、公共事業等のための利活用という目的への阻害要因は解消される。

以下では、基本的には不動産所有権の放棄について検討し、それとの比較で、共有持分の放棄についても言及することにする。

#### (2) 前提問題：不動産所有権の放棄が認められるか？

不動産所有権放棄の可否については、議論が錯綜している。しかし、ここでの問題に即して結論だけ述べると、国庫に当該不動産を受け入れる意向がある場合には、不動産所有権の放棄は認められると考えるべきである(相対的負財の法理)。なお、現在の民法においては不動産所有権放棄の受け皿は国庫であるが、これに代わる受け皿機関として、市町村やその他の公的機関さらに中間的管理団体としてNPO法人等多様な団体を検討する

ことも望まれる<sup>51</sup>。

不動産所有権放棄に法理論的問題に関する詳細は、別稿で検討した<sup>52</sup>。以下では、上の結論に至る推論の過程を、簡単に箇条書きで示すに止める。

①権利利益一般について、その放棄が認められる。その根拠は、問題となる権利利益の主体への帰属である。

②しかし、他者の権利利益を害する形での放棄は認められない。そのような法の一般原則を典型的に示す規定は、抵当権の目的となっている地上権・永小作権の放棄を抵当権者には対抗しえないと定める民法398条である。他の権利の放棄についても、この一般原則に照らして考えるべきである。

③所有権についても、上の考え方が適用される。したがって、所有権放棄は原則として認められるが、他者の権利利益を害する形での所有権放棄は認められない。それは、公序良俗に反する法律行為として無効とすべきである。

④ところで、所有権の客体は有体物であることから、所有権放棄による他者への影響が必ず生じる。また、放棄の対象となる物は、その所有者にとっての価値がなくなっているという意味では負財であるから、その放棄が他者の権利利益を害する可能性は大きい。不動産の所有権が放棄されると、その不動産は国庫に帰属する(民239条2項)。しかし、財産価値もなく負担だけが大きな負財を押しつけられることは、国庫の利益を害するから、国庫はこれを拒絶でき、その場合には、不動産所有権の放棄は認められないと考えるべきである(誰

にとっても必要性のない絶対的負財)。もっとも、国庫がこれに独自の価値を認め、あるいは政策的配慮からこの受け入れを認める可能性もありうる(ある者にとっては必要性を認められる相対的負財)。この場合には、当該不動産所有権の放棄が認められることで問題はない。当該不動産は国庫に帰属する。

### (3) 不動産所有権放棄意思の認定

#### (i) 問題の前提

ここでの問題の前提は、不動産所有権の放棄がなされる場合には、国庫(またはそれに代わる受け皿機関)がその不動産所有権を受け入れる意向を有していることである。つまり、ここでの不動産所有権の放棄は、それが負財に関わるとしても、放棄が認められる相対的負財に関するものにすぎない。ここでは、先に確認した放棄自由の原則が機能する。したがって、不動産所有者の下で所有権放棄意思があると認定できれば、その所有権は、国庫(またはその受け皿機関)に帰属することになり、ここでの問題は、基本的に解消する<sup>53</sup>。

#### (ii) 権利放棄の法的性質

##### (a) 権利の放棄一般

権利の放棄は、一般に、放棄によって直接に利益を受ける者に対する意思表示によって行われる。

①地上権を放棄する場合には、土地所有者に対する意思表示を必要とする。対抗要件としては、登記がなされている場合には、抹消登記が必要である。

②債権の放棄(免除)も、それによって直接に利益を受ける債務者に対する意思表示によって行われる(民519条参照)。

##### (b) 所有権の放棄

これに対して、所有権の放棄は、相手方のない

<sup>51</sup> 国土審議会土地政策分科会特別部会の『中間とりまとめ』(前掲注(8))も、次のように問題を提起している。「受け皿となる主体については、地方公共団体や中間的な管理団体などを含め、幅広く可能性を探っていくべきである。また、受け取る際の手法についても、実質的に所有権までは移転しない形態も含め、幅広く検討を行うことが求められる」(15頁)。

<sup>52</sup> 注(15)に挙げた2つの文献(「土地所有権の放棄は可能か」[2017年]および「不動産所有権放棄をめぐる裁判例の出現」[2017年])を参照。さらに端緒的には、吉田・前掲注(14)(2014年)20-23頁、同「都市縮小時代の土地所有権」土地総合研究23巻2号(2015年)48頁で基本的考え方を提示している。

<sup>53</sup> この論点は、「登記制度・土地所有権の在り方に関する研究会」においても、「みなし放棄制度の導入の可否」という形で取り上げられている。第4回会合(2018年2月23日)における研究会資料4-2参照。[http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki\\_siryou4\\_2.pdf](http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki_siryou4_2.pdf)

単独行為であって、特定の人に対する意思表示を必要としない。しかし、それだけに、放棄の意思が外部から明確に認識できる程度になされることが必要とされよう。この点に関しては、大阪高判昭和58年1月28日判タ506号101頁が次のように述べていることが参考になる。すなわち、「所有権の放棄は相手方のない単独行為であるから、少なくともその意思が一般に外部から認識できる程度になされることが必要である」。

### (iii) 放置と所有権放棄意思の認定

#### (a) 基本的考え方

一般論としては、「放棄は放棄者の積極的意思に基づくことが必要である」（上記大阪高判昭和58年1月28日判タ506号101頁）。所有権放棄という行為の重要性を勘案すれば、この一般論は正当と言うべきである。

#### (b) 黙示の意思表示による所有権放棄

もっとも、そのように考えるとしても、黙示の意思表示による所有権放棄もありうることは認めなければならない。意思表示には、言語以外の行為によって意思を表示する黙示の意思表示も存在する。所有権放棄について例外的取扱いをする必要はない。放棄には積極的意思が必要であるといっても、その旨の言語的表明やその文書化が必ず必要と解する必要はないのである。

とはいえ、黙示の意思表示を認定するためには、言語的表明はないといっても、意思表示と評価しうる積極的行為の存在は必要だと考えるべきである。そうだとすれば、黙示の意思表示を認定するためには、一般論としては、単なる放置では足りない。一定の積極的行為が必要であると考えなければならない。実際、利用しないで放置することも所有権の権能に入ると一般的には考えられているから、単なる放置で所有権放棄の黙示の意思表示と解するのは、そのような所有権に関する一般的理解とも衝突することになる。とすると、誰も関心を持たないで単に放置されている不動産について、不動産所有権放棄の黙示の意思表示を認定することは難しいといわなければならない。

#### (iv) 考えられる方策：義務の措定・公告等による所有権放棄意思の認定

しかし、それでも、単なる放置土地について何か方策はないであろうか。一応の思考実験として、次のような可能性を考えてみる。

①仮に相続登記を義務化したとする。あるいは、義務化に準じた措置を講じたとする。そのような義務の下での相続未登記を、単なる放置ではなく、より積極的に所有権を放棄する行為と規範的に評価することができないか。

②もっとも、相続未登記から直ちに所有権放棄の黙示の意思を認定するのは、乱暴との誹りを免れないであろう。相続によって権利を承継した所有者に対して、最低限、権利主張の機会を保障することは必要である。相続人不存在の場合の相続人搜索手続（民951条以下）とは別に、それに準じた手続を行うようなことが考えられる。もっとも、この手続きはやや重すぎるとの印象もある。そこで、この考え方の延長線上に、相続人不存在の場合の相続人搜索手続を大きく緩和する形で一定の公示・公告に基づく権利者探索手続を設け、それを経た上で、所有権放棄の意思を認定するという方向も考えられるであろう。この公示・公告に際しては、ネットの活用なども考えられる。

このような一定の公示・公告手続を経た上で、一定の物の所有権を公的主体に帰属させるという手法は、たとえば放置自転車については現に存在する。

すなわち、放置自転車の処理に関する「自転車の安全利用の促進及び自転車等の駐車対策の総合的推進に関する法律」（自転車法）（1970年制定）によれば、放置自転車の所有権は、次のような手続を経て市町村に帰属する可能性を認められる（6条）。①条例で定めた手続に従った放置自転車の撤去（基本的に警告が先行する）・保管。②保管の公示と返還のために必要な措置の実施。③公示から相当期間経過後の売却（代金は保管）・廃棄等の可能性。④公示から6ヶ月経過後も自転車の返還（代金返還を含む）ができないときは、当該自転車の所有権は、市町村に帰属する。

市町村への所有権帰属の法的根拠については、明示されていない。しかし、それを詰めれば、自転車所有権の放棄ということになるであろう。そのようにして、所有権を放棄され、無主の動産となった自転車の所有権を、市町村が無主物先占(民239条1項)によって取得すると考えるのである<sup>54</sup>。

先に示したのは、この手続と考え方に準じて、放置不動産の放棄による国庫(またはそれに準ずる受け皿機関)帰属を認める可能性である。

#### (4) 共有持分放棄の意思の推認

不動産の共有持分についても、考え方は同じである。不動産所有権と異なるのは、放棄された持分は、国庫ではなく、他の共有者に帰属することである(民255条)。この規定の前提には、共有持分の放棄は、原則的には自由という考え方がある。なお、全共有者についての放棄意思の認定が問題

<sup>54</sup> 別の参考事例として、沖縄嘉手納弾薬庫地区における住民らが放置しているテントや自転車などの排除手続を挙げておく。産経新聞2017年7月16日(日)

(<https://www.sankei.com/politics/news/170716/pl1707160005-n1.html>)参照。次のように報じられている。「米軍基地統合 防衛省、8月から施設整備 普天間も一部先行返還

日米両政府は平成25年4月、沖縄の米軍基地の統合・返還計画で合意した。計画の柱となるのは、極東一と呼ばれる広大な兵站(へいたん)補給整備基地として軍需物資や生活用品を貯蔵している牧港(まきみなと)補給地区(浦添市)の統合・返還。那覇市の市街地に近い牧港補給地区は返還後の跡地利用への期待が地元では大きい。

牧港補給地区の返還に向け、10棟以上ある巨大な倉庫群を沖縄本島中・北部にある嘉手納弾薬庫地区(沖縄市など)などに移し、機能を統合する。

移設先となる嘉手納弾薬庫地区では長年、米軍がフェンスを設けていない敷地に住民らが出入りし、無許可でフリーマーケットや耕作を行ってきた。倉庫の整備にあたり、放置されているテントや自転車などを排除する必要があり、防衛省は今年4月、1カ月以内に物品の撤去を求める警告文書を現地に掲示した。

撤去期限を過ぎ、所有権が放棄されたとみなし、8月から撤去と処分が着手。完了すれば不発弾の磁気探査を行った上で用地を更地に戻し、倉庫建設に移る。建設工期は5年を見込み、34年度中にも返還開始予定。」

ここでは、警告文書で一定の義務づけを行い、それをしない場合に所有権放棄を認定するという考え方が明瞭である。しかし、放置自転車の処理と比較して手続が粗いという印象も受ける。

になる場合には、(3)で検討した所有権放棄と同じ問題状況になる。

他の共有者に持分が帰することになる持分放棄意思の認定も、基本的判断枠組みは同じである。その上で、所有権放棄意思の認定よりも、さらに手続きを緩和することが可能であろう。

## IV 相続登記の促進——所有者不明土地発生の予防

### 1 問題の所在

所有者不明土地問題をもたらししている大きな要因の1つに、相続未登記問題があることは、広く認識されている。法務省も、この点に関する実態調査を実施し、その結果が次のように報道されている<sup>55</sup>。

法務省は2017年6月6日、不動産登記簿の相続登記未了土地に関して同省初となる実態調査の結果を公表した。同調査によれば、最後に登記されてから50年以上変更がなく、所有者が不明の可能性のある土地は、中小都市・中山間地域が26.6%、大都市で6.6%存在しており、今後も増加する見込みだという。

なお、調査は2017年1~5月、神戸市など都市部の3市区と、高知県大豊町など地方の7市町の計10市区町を対象としており、11万8,346人が所有する土地を抽出し、最後の登記からの経過年数を調べている。

土地の所有者が死亡後も長期間にわたり相続登記がされなかったり、相続人の所在の把握が困難な「所有者不明土地」については、所有者の承諾なく土地の利用ができないうために、公共事業や復興の事業がストップしたり空き家の取り壊しが進まないなど問題が顕在化している。

このような認識を踏まえるならば、所有者不明土地問題が生じることを予防するために、相続登記を促進するという対応策が提示されてくるのは、

<sup>55</sup> 「LIFULL HOME'S PRESS 編集部データ担当」(2017年7月10日11時05分) [https://www.homes.co.jp/cont/press/report/report\\_00182/](https://www.homes.co.jp/cont/press/report/report_00182/)

ある意味で当然である。『骨太方針 2017』<sup>56</sup>も、前述のように、この課題について、「長期間相続登記が未了の土地の解消を図るための方策等について、関係省庁が一体となって検討を行い、必要となる法案の次期通常国会への提出を目指す」と、高い位置づけを与えている。

## 2 相続登記へのインセンティブの喚起

それでは、この課題に具体的にどのように取り組むべきか。まず考えられるのは、相続登記を阻害していると思われる要因を除去し、または緩和して、相続登記のインセンティブを喚起することである。この方策は、基本的には、①不動産登記名義人が被相続人である場合、すなわち最初の相続登記の促進にかかわる。しかし、②長期の相続未登記問題の解消とも無関係ではない。現に、そのためのいくつかの措置はすでに講じられている。しかし、さらに検討すべき課題もある。

### (1) 法定相続情報証明制度の創設

最初の具体的制度的対応は、法定相続情報証明制度の創設で、この制度は、2017年5月29日からすでにスタートしている。

#### (i) 制度内容とその趣旨

その制度内容は、法務省の簡潔な説明によれば、「法定相続証明制度は、登記所（法務局）に戸籍謄本等の束を提出し、併せて相続関係を一覧に表した図（法定相続情報一覧図）を出していただければ、登記官がその一覧図に認証文を付した写しを無料で交付します」というものである<sup>57</sup>。

この「一覧図の写し」は、相続登記の申請手続に用いられるほか、被相続人名義の預金払戻し等、さまざまな相続手続に用いることができる。これによって、相続手続にかかる相続人・手続の担当部署双方の負担軽減が期待されるというのが、法務省が説くこの制度のメリットである。東京司法

書士会も、この制度のメリットを、「戸籍の束が1枚の証明書に！」というキャッチコピーで表現している<sup>58</sup>。

さらに、この制度を利用する相続人に、相続登記のメリットや放置することのデメリットを登記官が説明することによって、相続登記の必要性についての意識を向上させるというメリットも指摘されている。すなわち、法定相続情報証明制度は、便利な制度なので、相続人は、登記官にコンタクトするインセンティブを喚起される。登記官へのコンタクトが行われる機会に、登記官が相続登記の必要性等を説明し、これを通じて相続登記手続の履践が期待される、というわけである。

この制度については、すでにその利用範囲を拡大しようとする動向がある。『骨太方針 2017』は、「法定相続情報証明制度の利用範囲の拡大」を政策課題として掲げていたし、法務省も、他の行政機関の相続手続についても利用範囲を拡大するための措置を検討しているという<sup>59</sup>。

#### (ii) 基本的評価

この制度は、基本的には法務省の国民へのサービス提供を意味する。このようなサービスの提供自体については、まず異論はないであろう。今後さらに活用が期待される制度である。上で触れた利用範囲の拡大も、歓迎すべき動向である。問題があるとする、と、どれだけ使いやすい制度になっているか、本稿との関係では、どれだけ相続登記促進効果が期待しうるかというところである。以下のような問題点を指摘できようか。

①戸籍の収集および法定相続情報一覧図の作成は、制度利用者が行う必要がある。登記官は、それをチェックして認証文を付した「一覧図の写し」を交付するだけである。登記官の負担を考慮すればやむを得ない感もあるが、手続きが楽になると

<sup>56</sup> 前掲注(5)。

<sup>57</sup> 法務省『「法定相続情報証明制度」について』[http://houmukyoku.moj.go.jp/homu/page7\\_000013.html](http://houmukyoku.moj.go.jp/homu/page7_000013.html)

<sup>58</sup> faro（東京司法書士会）43号（2017年夏号）3頁参照。[https://www.tokyokai.jp/public/pdf/2017\\_summer.pdf](https://www.tokyokai.jp/public/pdf/2017_summer.pdf)

<sup>59</sup> 音田剛明「相続登記の促進について」法律のひろば70巻8号（2017年）49頁。

いう過剰な期待は抱かない方がよい。多くの場合には、弁護士、司法書士等専門家への依頼が必要になるであろう。法定相続情報証明制度のメリットは、むしろ銀行を始めとする金融機関等との関係で相続に伴う諸手続きが楽になるという点にある。このメリットは、金融機関側にもある。むしろ金融機関にとってのメリットのほうが大きいという評価も存在する。

②この制度と相続登記との結合が存在しない。法定相続情報証明制度は、あくまで相続登記の事実上の促進を期待する制度である。「一覧図の写し」を交付する条件として相続登記を要求するという制度設計もありうるであろうが、そうはなっていない。登録免許税の負担が念頭にあったのであろうか。あるいは、この時点で相続登記を要求しても、それは、法定相続分に基づく相続登記にすぎないということが考慮されたのであろうか。

③相続人に法務局まで足を運んでもらい、そこで相続登記を勧めるという仕組みになっている。しかし、法務局が大幅に減少している中で、そのような仕組みがうまく機能するかという問題もある。

④法定相続情報一覧図の保管期間は5年間である。これはやや短すぎないかとの意見もある。

## (2) 「中間省略」の相続登記の許容

数次相続がある場合については、それぞれの相続についての登記申請をするのが原則であるが、近時、最終的な不動産取得者への「中間省略」的な相続登記が認められた。これは、長期の相続未登記地の解消（本節「2 相続登記へのインセンティブの喚起」の冒頭で行った整理における②の課題）を目指す方策の1つである。法務省は、この制度を、次のように説明している<sup>60</sup>。

相続登記の手続きの簡素化を図るため、第一次相続の相続人による遺産分割が未了のまま第二次相続及び第三次相続が発生し、その遺産分割協議

が第一相続及び第二次相続の各相続人の地位を承継した者並びに第三次相続人の相続人によって行われている場合において、遺産分割協議書に不動産を第三次相続の相続人の一人が単独で相続した旨の最終的な遺産分割協議の結果のみで掲載されているときであっても、「年月日B（第一次相続の相続人）相続、年月日C（第二次相続の相続人）相続、年月日相続」を登記原因とする所有権の移転の登記を申請することができることとしました。

## (3) 登録免許税の減免

### (i) 制度改正への動向

#### (a) 登録免許税減免案の提示

登録免許税の存在が相続登記実行のインセンティブを削いでいるという事態は、十分にありうることである。実際に、さまざまなレベルで、そのような認識を基礎に、相続登記の促進を図るために登録免許税の軽減を検討すべきだという提言がなされていた。たとえば、国交省主管の「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」は、『所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策・最終とりまとめ』（2016年3月）<sup>61</sup>において、「相続登記に係る登録免許税の免除・減免措置について引き続き検討を行う。ただし、検討に当たっては、その減免措置の範囲、程度、政策目的、効果等を明確に整理する必要がある」との問題提起を行っていた（17頁）。また、指定都市市長会「所有者不明土地対策の推進に関する提言」（2017年5月23日）のように、より明確に軽減の方向を打ち出す政策文書もある<sup>62</sup>。

(2) 相続登記に係る登録免許税の減免措置の創設  
権利者が売却等の処分を検討していない場合、現行制度では相続登記をしなくても特段支障が生じず、登記に対するインセンティブが働かない。権利者の自発的な相続登記を促すために、登録免許税の減免措置により登記手続きに要する個人の費用負担をさらに軽減すべきである。

<sup>60</sup> 法務省「未来につなぐ相続登記」。http://www.moj.go.jp/MINJI/minji05\_00207.html

<sup>61</sup> <http://www.mlit.go.jp/common/001122933.pdf>

<sup>62</sup> [http://www.siteitosi.jp/conference/honbun/pdf/h29\\_05\\_23\\_01\\_siryo/h29\\_05\\_23\\_01\\_07.pdf](http://www.siteitosi.jp/conference/honbun/pdf/h29_05_23_01_siryo/h29_05_23_01_07.pdf)

### (b) 法務省の概算要求

このような動向を受ける形で、法務省は、この点にかかわる 2018 年度予算の概算要求を行った<sup>63</sup>。そこでは、相続未登記問題の発生については、「その要因の一つとして相続登記に係る費用の負担が指摘されている。このため、相続登記に係る登録免許税について特例措置を設けることで相続登記を促進する」という認識が表明され、①相続発生から 30 年以上経過している土地に関して当該相続を起因とした登記を申請した場合に、当該所有権についての相続登記にかかる登録免許税を免除する、②課税標準額が一筆当たり 20 万円以下の土地に関して相続を起因とした登記を申請した場合に、その登録免許税を免除する、という 2 つの登録免許税免除措置が求められている。

### (ii) 理論的正当化

このような措置は、もとより正当なものと考えられる。民法学としては——あるいは民法学に止まらず法学としては——、このような政策の理論的正当性をどこに求めるのかを検討することを求められる。ここでは、単に当面の政策的対応の必要性から正当化されるのか、より根本的に登録免許税の考え方の再検討が必要なかが問われる。根本的な再検討を行う場合には、登録免許税の全面的廃止という結論にも至るであろう。そのような主張を先駆的に展開するものとして、次の文献がある<sup>64</sup>。半世紀以上前の文献であるが、現在においても、あるいは現在においてこそ、参照される価値があると思われる。直接的には所有権移転登記を対象にした記述であるが、相続登記についても、この記述の趣旨は、より強い理由で妥当する。

不動産登記にかかる登録税は、相続でも 1000 分の 6、一般の不動産移転登記に到っては、1000 分

<sup>63</sup> 平成 30 年度税制改正（租税特別措置）要望事項（新設・拡充・延長）（法務省民事局民事第二課）（2017 年 8 月）。[http://www.mof.go.jp/tax\\_policy/tax\\_reform/outline/fy2018/request/moj/30y\\_moj\\_k.pdf](http://www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/outline/fy2018/request/moj/30y_moj_k.pdf)

<sup>64</sup> 戒能通孝「学説と税金」『戒能通孝法律時評 1951—1973』（慈学社、2008 年。初出は 1952 年）26 頁。

の 50 である。これを放置することは、一方では、中間省略登記を奨励することになり、また登記価格と土地建物の台帳との間に大差を生じさせ、登記価格は一個の空想的帳簿価格になっている。それは、他方では、登記を抑制し、無登記のままに放置して問題を後に残す主要な理由になっている。

「不動産登記の本来の目的が、不動産公証にある以上、登記が手数料主義によって行われずに、財源の一種として課税されるのは、その本末を誤っているのではないかと思われる。けだし手数料主義を本旨とすれば、1 件あたり 1000 円もしくは 1500 円で済むことを、数万円、数十万円の課税対象に変質させ、譲受人をして、既に多額な代価を支払った上に、どこから登録税を捻出するか迷わせる外。登記そのものの便益すらためらわせることになるのである。現行の税法は、各所において極めて多くの非合理性を示しているが、特に不動産登記の税法は、その最たるものの 1 つである」。

登録免許税全般に関する根本的再検討に至らず、当面の政策的対応の必要性からの正当化を志向する場合でも、例外的減免制度に止めるのか、相続登記に関しては登録免許税を全面的に廃止するのかはなお問題として残る。この観点からは、多少の税収と所有者不明土地発生による社会的コストとの比較を根拠に、相続登記に関する登録免許税廃止を説く見解が注目される<sup>65</sup>。

### (4) 相続における対抗要件としての登記

#### (i) 現在の法状況

##### (a) 判例法理

いわゆる相続と登記に関する判例法理およびその問題点については、次のようなまとめをかつて行ったことがある<sup>66</sup>。それをここで再掲する。

「判例の全体像は、『相続させる』旨の遺言ケースを除くと、次のようにまとめることができる。

##### (i) 被相続人と相続人による同一不動産の二重

<sup>65</sup> 加藤・前掲注(16)306 頁。

<sup>66</sup> 床谷文雄・犬伏由子編『現代相続法』（有斐閣、2010 年）116 頁（吉田克己）。

譲渡は、包括承継の論理で被相続人と相続人を等置し、譲受人間を対抗問題と扱う（相続介在二重譲渡）。（ii）遺産分割前の遺産共有段階での共有持分権の取得およびその変更については、無権利法理を採用し、登記を不要とする（共同相続と登記、相続分指定と登記、相続放棄と登記の各論点）。

（iii）これに対して、遺産共有状態を終了させる遺産分割による財産取得については対抗法理を採用し、登記が必要なものとする（遺産分割と登記）。また、遺贈による遺産共有からの財産流出の場合にも同様に扱う（遺贈と登記）。

このような判例法理は、全体として整合性を認められそれなりの妥当性があると考えられる。これに対して、『相続させる』旨の遺言による財産取得は、（iii）に位置づけることができるが、登記不要とされる。この結果、判例法理に不整合が生じることになる。あるいは、「相続させる」旨の遺言に関する判例法理は、遺言実務において遺贈を排除し、その効果において遺産分割を排除するから、（iii）を実質的に空洞化することになる。判例法理の整合性という観点から、その妥当性に疑問が呈されることになろう。

学説には、上の（iii）についても無権利法理によって問題を解決すべきと説く見解も有力である。この見解に従えば、『相続させる』旨の遺言に関する判例法理は正当で、それに合わせる形で判例の整合性を回復すべきことになろう。しかし、相続による承継の全過程を通じて登記を行うインセンティブを全く組み込まないという解決が、取引安全や法的安定性の確保という観点から見て望ましいものであるのかは、相当に疑問である。」

ともあれ、このような判例法理が形成されている結果、「現行制度では相続登記をしなくても特段支障が生じず、登記に対するインセンティブが働かない」<sup>67</sup>と評される状況になっているわけである。

### （b）相続登記の法的意義

以上のような判例法理の下で、相続登記の法的

意義をどのように把握すべきか。相続登記がなくても権利取得を第三者に主張することができる場合には、仮に相続登記を行ったとしても、それは対抗要件としての登記の実行ではない。

その場合の相続登記は、当該不動産について処分がなされる場合に、処分の相手方に所有権移転登記等の登記を実行するための手続的前提になるにすぎない（手続的前提としての登記）。表示登記しか存在しない不動産について処分を行うためには、まずもって、表示登記欄に記載された所有者名義での所有権保存登記をする必要がある。上記の相続登記は、それと同じ機能を果たすわけである。遺産共有段階における持分の登記も、同様に、持分処分を登記するための手続的前提にすぎない。

処分の手続的前提にすぎない以上、その手続の必要性が生じなければ登記をする必要はない。この状況を変えることは、相続登記のインセンティブ喚起の1つの手段となる。

### （ii）相続法改正作業における対抗要件としての相続登記の復活

現在進行中の相続法改正作業において示されている相続の効力等に関する見直しは、そのような観点から位置づけることができる。それは、現在の判例法理を、指定相続分および「相続させる」旨の遺言による承継に関して変更して、それらの承継についても対抗要件としての登記を復活させようとする試みである。相続法改正に向けての要綱案のその点にかかわる内容を次に示す<sup>68</sup>。

第5 相続の効力等（権利及び義務の承継等）に関する見直し

1 相続による権利の承継に関する規律 相続による権利の承継について、次のような規律を設けるものとする。

（1）相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、法定相続分を超える部分については、登記、登録その他の対抗要件を

<sup>67</sup> 指定都市市長会「所有者不明土地対策の推進に関する提言」（前掲注（62））。

<sup>68</sup> 民法（相続関係）部会資料26-1「民法（相続関係）等の改正に関する要綱案」（2018年1月16日）。  
<http://www.moj.go.jp/content/001246034.pdf>

備えなければ、第三者に対抗することができない。

この改正案の趣旨は、次のように説明されている<sup>69</sup>。

前記判例の考え方によれば、遺言によって法定相続分とは異なる権利の承継がされた場合には、対抗要件なくしてこれを第三者にも対抗することができることになるため、個別の取引の安全が害されるおそれがあるほか、実体的な権利と公示の不一致が生ずる場面が多く存在することになり、とりわけ公的な公示制度として定着している不動産登記制度に対する信頼を害するおそれがあるものと考えられる。同様に、不動産競売等の民事執行手続においても、遺言の存在を知らずに、法定相続分による権利承継を前提として差押えがされ、その目的物が売却された場合には、その買受人は、遺言の内容と異なる部分については権利を取得することができないこととなって、競売における取引の安全が害されるほか、債務者である相続人が無資力である場合には、相続債権者は、競売の目的物が一部他人物であったことを理由に、買受人から担保責任を追及され、代金の一部を返還しなければならなくなるおそれがあるなど（民法第568条第2項）、強制執行制度そのものに対する信頼を害するおそれもあるものといえる。

今回の見直しでは、これらの点を考慮して、相続による権利の承継についても対抗要件主義を適用することとしたものである。

この方向での改正が実現すると、相続登記は、遺産共有段階における法定相続分での承継を除いて、対抗要件としての機能を改めて獲得することになる。相続登記のインセンティブ喚起という観点からすると、望ましい改正である。

ところで、このインセンティブは、他の共同相続人による処分の可能性、あるいは他の共同相続人の共有持分に対する債権者の差押えの可能性がある場合にこそ機能する。しかし、相続未登記の問題を指摘される土地の多くは、その財産的価値

に乏しく、このような事態をあまり想定できない。とすれば、この措置が相続未登記問題への対策として果たしうる意味は、限定的なものにならざるをえないであろう。

#### （５）公的主体からの働きかけ

##### （i）法定相続情報証明制度を通じた公的主体からの働きかけ

相続登記を促進するためには、純粋に相続登記のインセンティブを喚起するだけでなく、公的主体からそのための働きかけを行うという方向も考えられる。実際、（１）で取り上げた法定相続情報証明制度は、（１）においてすでに触れたように、相続人が登記官へのコンタクトを行う機会を捉えて、登記官が相続登記の必要性等を説明し、これを通じて相続登記を促進するという機能も期待されている。

##### （ii）「特定登記未了土地」における相続登記の勧告

公的主体からの働きかけによって相続登記を促進しようとする発想は、国交省「円滑化特別措置法案」においても、より強い形で見出される。そこで対策の対象となるのは、相続登記がなされていない土地であって、「公共の利益となる事業の円滑な遂行を図る」ために当該土地の所有権の登記名義人となりうる者を探索する必要がある土地（「特定登記未了土地」と称される。2条4項）である。登記官は、この事業を実施しようとする者の求めに応じて、当該土地の所有権の登記名義人となりうる者を探索する。その上で、登記官は、職権で、所有権の登記名義人の死亡後長期間にわたり相続登記等がされていない土地である旨その他必要な事項をその所有権の登記に付記することができる（40条1項）。登記官はまた、当該土地の所有権の登記名義人となりうる者を知ったときは、その者に対して、当該土地についての相続登記等の申請を勧告することができるものとされる（同条2項）。登記官は、他方で、相続人等の探索のために、市町村長などに関係する情報の提供を求めることができる（同条3項）。

<sup>69</sup> 部会資料21（2017年5月23日）。  
<http://www.moj.go.jp/content/001225750.pdf>

登記官は、このように、公共の利益となる事業の円滑な遂行という観点から、相続登記促進のために積極的役割を果たすことを期待される。登記官が相続人等の探索から相続登記の勧告まで行うという発想は、これまでの登記官の職務論からは出てこないものである。ここでは、相続登記は、単なる私的な事項ではなく、登記官という公的主体が関与すべき公的事項として位置づけられている。

### 3 相続登記の義務化

相続登記促進の課題への方策として次に考えられるのは、相続登記の義務化である。これは、単なる相続登記へのインセンティブ喚起よりも強力に相続登記を促進しうる手段のように見える。しかし、そこには、多くの検討すべき課題もある。さらに、この義務化措置の延長線上に、相続登記を職権で実行するという発想も提示される。

#### (1) 急速な論点化

##### (i) 相続登記義務化の提示・検討の開始

①相続登記促進のために相続登記を義務化すべきだという声は、所有者不明土地問題への有力な対応策として、議論の当初からかなり広汎に見られた。近時は、それが政策文書の中で明確に提示されるようになってきている。その1例として、先にも参照した政策文書であるが、指定都市市長会「所有者不明土地対策の推進に関する提言」(2017年5月23日)<sup>70</sup>を挙げておく。所有者不明土地の発生を防止するための措置の1つとして、不動産登記(権利に関する登記)の義務化及び罰則の制定を以下のように提案している。

#### (1) 不動産登記(権利に関する登記)の義務化及び罰則の制定

相続や所有権移転に伴って不動産登記簿も整備されるとは限らないため、所有権移転時に所有者情報の更新が担保されるよう不動産登記の義務化及び義務化に伴う罰則を制定すべきである。

また、遺産分割協議未了等の理由により相続登記できない場合には、現に所有している者の法務局への届出を義務化すべきである。

注意しておきたいのは、ここでは、相続登記に限定せずに、すべての所有権移転について登記を義務化する構想を提示していることである。登記制度に関する抜本的な制度改革構想ということになる。また、相続については、遺産分割後の確定的な所有者を把握しようとする発想である。それゆえ、遺産分割未了の場合の暫定的措置も提示している。

②法務省は、前述のように、所有者不明土地問題の中長期的課題を検討するために、「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」を発足させた(2017年10月2日)。そこでは、「登記の義務化の是非」も論点として取り上げられている。大きくは、「権利に関する登記(特に相続登記)の申請の義務化について、どのように考えるか。仮に義務化する場合には、その違反の要件および効果について、どのように考えるか」が論点として提示されている。より具体的には、「1 現行法上、権利に関する登記の申請は、国に対する公法上の義務として強制されていないが、その理由について、どのように考えるか」、「2 権利に関する登記の申請を義務化することは、国家によって、権利者に対して自らが不動産に対する権利を有していることを第三者に公開するよう義務付けるものであり、プライバシーの観点から見て問題があるとの指摘も考えられるが、この点について、どのように考えるか」、「3 権利に関する登記の申請を義務化することは、対抗要件主義(民法第177条)や申請主義(不動産登記法第16条第1項)と矛盾しないか。特に、相続登記の場合については、どのように考えるか」などの論点を始めとして、全体で9点の論点が整理されている<sup>71</sup>。

<sup>70</sup> 前掲注(62)。

<sup>71</sup> 研究会資料3-1。http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki\_siryousu3\_1\_1.pdf

## (2) どのように考えるべきか？

### (i) 現在の議論状況

学界レベルでそれほど活発な理論的検討が行われているという状況ではない。論壇では、当然のことながら、積極的な賛成論と慎重論とが見出される。

#### (a) 賛成論

賛成論は、基本的には、所有者不明土地問題への対処が必要であることを根拠とする。いわば「必要性論」とでも呼ぶべき議論である。その例として、2017年10月27日付けの日本経済新聞社説を挙げておく<sup>72</sup>。そこでは、所有者不明土地が今のままだと2040年には約720万ヘクタールに上るといふ増田委員会の試算が引かれ、土地が放置されることに伴う経済的な損失は累計で6兆円になるとされる。そして、災害復旧や公共工事ではすでに支障が出ていることが指摘され、対策の必要性が強調される。その上で、「登記制度の空洞化を防ぐ有効な手立てを打ってこなかった法務省の責任は重い」と法務省が批判されて、対策の1つとして、「税負担や手数料を大幅に軽減したうえで、現在は任意とされる不動産登記を義務化することも必要だ」と主張されるのである。

#### (b) 慎重論

これに対して、慎重論が挙げるのは、対抗要件を義務化するかどうかという理論的問題と登記を義務化しても実効性が欠如するのではないかという実効性欠如論である。その例として、次のような議論がある<sup>73</sup>。

「私も以前は義務化すべきと考えましたが、今ではそれは無理と感じています。この義務化の問題はかなり難しい問題です。民法は登記を対抗要件として位置づけていて、効力要件ではないので、相続していないために物権変動がないとは言えない。義務といった場合にどのような罰則で臨むの

か。罰金あるいは懲役、禁固とした場合どのようにして相続人を探し出すのか、現在相続人を確定するのに相当の時間と費用を必要としているのに、だれがそれをするのか。相続登記をするメリットがないと感じる土地、建物が相続登記未了問題につながっているのではないか。また、相続人が多数に上るために利害関係の調整に困難を伴っているため相続登記未了になっている場合もある。」

### (ii) 若干の検討

#### (a) 相続登記の「義務化」は何を意味するか？

この論点をめぐる議論においては、相続登記に限定されず登記一般の義務化も問題になっているが、ここでは、相続登記に限定する。それでは、相続登記の「義務化」とは何を意味するのか。

契約に基づく所有権移転については、登記を効力要件にすることによって所有権移転登記の実行を確保することをもって義務化と理解する可能性もある。しかし、相続による承継については、登記を効力要件にすることは考えられない。相続承継の効力は、被相続人の死亡によって当然に生じるからである。したがって、この方向での義務化はありえない。相続登記の義務化は、文字通り相続登記を実行する義務を相続承継人に課し、義務違反の場合に何らかのサンクション（罰則の適用等）を課すことを意味する。

#### (b) 義務化される「相続登記」は何を公示するのか？

次に提示されるのは、義務化されるべき「相続登記」は何を公示するのかという問題である。公示される対象には、2つの可能性がある。

(ア) 第1の可能性は、法定相続分の公示である<sup>74</sup>。義務化が説かれる際に念頭に置かれている

<sup>72</sup> <https://www.nikkei.com/article/DGXKZ022771990X21C17A0EA1000/>

<sup>73</sup> 佐藤忠治（埼玉土地家屋調査士会会長）「年頭に当たって」埼玉土地家屋調査士会会報『彩の国』166号（2017年1月）3頁。

<sup>74</sup> 「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」においては、この法定相続分の公示を基本としつつ、法定相続分とは異なる内容の相続等による所有権移転が生じている場合にどのように対応するかという方向での検討がなされている（論点5）。研究会資料3-1参照。  
[http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki\\_siryousu3\\_1\\_1.pdf](http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki_siryousu3_1_1.pdf)

のは、基本的にはこの相続登記であろう。実際、遺産分割が行われない場合には、その段階で押さえる以外にはない。しかし、権利者の把握という観点からは、この相続登記の意義は必ずしも大きくはないことにも留意する必要がある。遺産分割が行われる場合には、この登記によっては、実際の不動産取得者を把握することができないからである。

(イ) 第2の可能性は、遺産分割等を経た最終的な確定的権利関係の公示である。権利者の把握という観点からは、遺産分割が実行される場合には、それを登記レベルで把握することが要請される。したがって、所有者不明土地問題に対処する観点からは、ここを義務化で押さえないと、相続登記義務化の意義は大きく減殺されることになる。しかし、(ア)における法定相続分の登記とともにこの(イ)レベルの公示も義務化すると、二重の義務化というのは、負担が過大ではないかという疑義が当然に提起されるであろう。とはいえ、(イ)レベルだけを義務化で押さえるのも、遺産分割が現実にはなされないケースが多いであろうことを想定すると、義務化の実効性を大きく欠くことになりかねない。

このように、この2つの可能性は、それぞれ難点を伴っている。

### (c) 「義務化」の理論的根拠をどこに求めるのか?

さらに問題となるのは、そもそも「義務化」の理論的根拠をどこに求めるのかである<sup>75</sup>。伝統的には、登記の本来的機能である対抗力確保という私的利益の実現については、私的イニシアティブにまかせるという発想が採られてきた。この発想は正当であって、相続登記の義務化を図るためには、相続登記に何らかの公共的意義を求めるほかないであろう。

(ア) 1つの発想としては、現在の判例法理の下では相続登記は対抗力確保という機能を果たし

ていないのだから、単なる私的利益ということではないという議論が考えられる。しかし、これは消極的根拠づけにすぎず、義務化の積極的論拠を示していない。実際、先に述べたように、現在の相続登記は、多くの場合には、権利処分の手続的前提という機能を果たしている。これは、対抗力とは異なるが、やはり私的利益に資する機能以外の何物でもない。また、現在、先にも触れた、相続法改正作業において提示されている対抗関係拡大を志向する改正構想が実現すると、この発想は成り立たなくなる。

(イ) もう1つの発想としては、相続登記が権利関係を公示する点に公共的意義を見出して、それを根拠に義務化を正当化するという議論が考えられる。相続登記の意義を二重に把握するわけである。相続登記に公共的意義を認めるためには、この方向で考えるのが本筋であろう。実際、先に紹介したように、「円滑化特別措置法案」は、登記官による関係相続人の探索等の相続未登記問題への対策を提案しているが、この措置は、相続登記は公共的利益にかかわるという把握を前提として初めて正当化される。相続登記の公共的機能は、法案レベルではすでに認められているのである。この点を確認した上で、しかし、さらに2点に留意することが必要である。

第1に、登記官による関係相続人等探索の活動は、たしかに相続登記に公共的機能を認めることによって初めて正当化されるものであろう。しかし、だからといって、相続登記の公共的機能が、私人である関係相続人に相続登記を義務的に強制することを当然に正当化するわけではない。登記官のような公的アクターの活動の正当化と、私人の義務づけの正当化とは、次元が異なる問題だからである。私人に公共的意味を持つ行動を義務づけるためには、目的と負担との比例性など他の考慮要素も踏まえることが必要になるであろう。

第2に、相続登記に公共的機能を認めるにしても、そのような機能をより強く期待されるのは、表示登記ではないかという疑問も念頭に浮かぶ。つまり、現在の表示登記は、不動産の物理的状況

<sup>75</sup> 「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」においても、当然にこの論点が取り上げられている(論点4)。研究会資料3-1(前掲注(74))参照。

等を示すことによって不動産の同一性識別を可能にし、権利登記の前提となる。その点で、表示登記の記載は、単なる私的利益を超えている。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わけである。現在は、表示登記に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。この点を変えて、表示登記の機能を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も考えられる。相続登記の義務化については、このような表示登記の機能拡張との比較の視点も必要であろう。

### (3) 登記官による職権登記構想

#### (i) 職権による共同相続登記

相続登記義務化と同様の問題意識に立ちつつ、その延長線上に、「共同相続の登記」を登記官の職権で実行するという構想も提示されている。登記実行という観点からは、義務化よりも実効的な方策であろう。構想の概要は次のようである<sup>76</sup>。

「表示に関する登記は、税務官署において課税目的で土地・家屋の状況を明確に把握するため備え付けられた土地・家屋台帳を、戦後登記所が引き継ぎ、登記簿と台帳を一元化して発足したものであり、登記官が職権であることができる。国際法上、領土、人民及び主権が国家の三要素とされている。一筆地の登記情報は、土地取引に伴う権利情報及びその物理的情報のみならず、領土情報の最小単位でもあるということができる。そうすると、一筆地ごとに、その物理的情報及び所有者情報を登記記録に記録することは、領土情報の把握として、国家の責務ということができよう。

不動産に関する物権の変動は登記しなければ第三者に対抗することができないから、売買、贈与等の取引に伴う登記は当事者の申請に基づくことはいうまでもない。しかし、相続による所有権移転は原則として登記なくして対抗できると解され

ているから、共同相続の登記は、領土の最小単位情報として、登記官が職権で行うことができる、との議論もあり得よう」。

相続登記は対抗力の問題ではないから職権登記が可能という論理は、先に示したように、やや短絡的との誹りを免れない。しかし、「領土の最小単位情報」として職権記載が可能という論理は、十分にありうるものである。その上で、登記義務化に関して述べたように、表示登記に関する制度改革との比較を行うことが望ましいであろう。

#### (ii) 法務省レベルにおける検討

「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」においても、職権登記という構想が取り上げられている。先に、同研究会における相続登記義務化に関する9点の論点整理の一部を紹介したが、「職権による登記の是非」についても、それをなぞらえる形で、9点の論点が示されている。もちろん、相続登記の義務化と職権登記との差異を反映した論点の相違はある。たとえば、相続登記義務化において義務違反の効果として提示されていた論点に対応するのは、登記官がどのようにして登記名義人の死亡の事実を把握するか、登記官の調査権限についてどのように考えるか、などの論点である<sup>77</sup>。

これらの論点に関する本格的な検討は、今後の課題である。

## 4 相続のインフラストラクチャー整備の課題

### (1) 日本の相続システムの弱点

相続登記の促進を本当に追求しようとする場合には、相続の処理を支える人的・制度的なインフラストラクチャーの整備が決定的に重要である。日本の相続システムの最大の弱点は、この整備が立ち遅れていることにある。これは、西欧と比較した場合の日本の相続システムの顕著な特徴でもある。

この点に関しては少なくない指摘があるが、私

<sup>76</sup> 新井克美「登記官による職権共同相続登記」登記情報 656号(2016年)1頁。

<sup>77</sup> 以上について、「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」研究会資料3-1(前掲注(74))参照。

自身が問題点を記述した文献があるので、その一部を以下に掲げておきたい<sup>78</sup>。

#### V 相続のインフラストラクチャー

相続は、多数の関係者の利害が錯綜する複雑な法分野である。特別受益など生前の財産承継プロセスをも対象に広義の相続承継を考える場合には、複雑性はさらに増す。相続法の課題は、そのような複雑なプロセスを、当事者間の利害の公平な調整を図りつつ遂行していくことである。それは、法律専門家や公的機関の援助なしには困難だと言わなければならない。相続におけるインフラストラクチャー整備の必要性は大きい。

##### 1 西欧相続法システムの概観

省略

##### 2 日本の状況とその問題点

###### (1) 相続と法律専門家

日本の状況は、以上の西欧法システムと比較して見劣りがする。日本の公証人は、独仏と比して量的に大きな差があるし（公証人定員規則で定められた定数は2016年の改正時点で669であるが、実数はそれより少なく、2017年の数値で496名である）、相続に関しては、公正証書遺言の作成にかかわる以上には関与していない。相続プロセス全体にその関与を拡大しようとしても、現在の公証人数では、それは困難であろう。また、公正証書遺言の内容に関して、当事者の真正な意思を反映した証書作成という観点から問題性を指摘されることもある。

他方で、司法書士は、不動産登記や商業登記を中心的職務とする法律専門家であり、簡裁代理権の付与も可能である。近時は成年後見業務などにも積極的に取り組んでいる。相続に関しても、相続登記を担当するほか、遺産分割の協議や調停に際して本人支援に取り組むこともある。しかし、フランス公証人の活動の域には達していない。弁護士も、相続に関して紛争発生前に中立的に関与する態勢にはなっていない。なによりも、公証人

は、公共的観点から公平中立に活動するよう位置づけられているのに対して、司法書士や弁護士は、基本的には依頼者の権利利益の擁護をその使命とするという点に違いがある。そのため、司法書士や弁護士には、全相続人から依頼を受けて相続の公平な処理に当たろうとしても、利益相反行為になってしまうという問題がある。

##### (2) 弱点の克服

フランスの公証人的役割を日本の公証人に期待することは難しい。上記のように、量的充実の度合いが決定的に異なるからである。また、市民との距離感も、フランスの公証人とは大きく異なる。その役割は、日本では司法書士に期待するのが最も現実的であろう。しかし、上記のような制度的位置づけの問題があることには十分に留意する必要がある。この点に関する議論、端的に言えば利益相反問題への対処という論点に関する議論の深化は、喫緊の課題であると言ってよい。この点は、先にも指摘したところである（→II 3(2)(ii)）。

#### V 土地に関する基本理念の再定位

##### 1 現在の法状況

###### (1) 土地基本法における基本理念

日本において土地に関する基本理念を定めているのは、土地基本法（1989年12月22日法律第84号）である。土地基本法制定の背景には、周知のように、いわゆるバブル経済期の急激な地価高騰現象があった。土地基本法には、地価高騰に対する土地政策の課題を正当化する土地所有権論を提示するという性格が強い<sup>79</sup>。

土地基本法は、まず、「適正な土地利用の確保」と「適正な地価の形成」を図るための土地政策を総合的に推進すると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、「土地についての基本理念」を法律で定めるものとした（1条）。そして、その基本理念として、①「土地について

<sup>78</sup> 吉田克己「(前注) 相続総論」潮見佳男編『新注釈民法第19巻相続1』(有斐閣、近刊予定)。

<sup>79</sup> 以下については、吉田克己「現行法のパラダイスと土地基本法」本間義人ほか編『土地基本法を読む』(日本経済評論社、1990年)37頁以下も参照。

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、②適正な利用および計画に従った利用(3条)、③投機的取引の抑制(4条)、④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る。この4つが、土地基本法が提示する基本理念である。

もともと、土地基本法が、地価対策を標榜しつつ、単純に過剰土地利用に対する規制強化のための基本理念を提示していると考えするには、慎重であるべきである。土地基本法のベースとなったのは、1988年6月に公表された『土地臨調答申』<sup>80</sup>である。同答申の認識によれば、地価問題の根底には需給不均衡がある。したがって、地価対策は、「都市・宅地開発の促進」と「土地の有効・高度利用」という供給促進の2本柱を軸に展開すべきことになる(8-9頁)。これはむしろ開発促進であり、土地の過剰利用志向型の土地政策を提示するものである。

これを受ける形で土地基本法に掲げられたのが「土地の高度利用、土地利用の適正な転換」(11条2項、12条1項)という施策である。「公共の福祉優先」(2条)は、現実的には、これらの施策を支える基本理念として機能するであろう。土地の適正利用と計画に従った利用(上記②)が意味するのも、既成市街地の「低・未利用地」や農地等の有効・高度利用である。要するに、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。土地基本法における「適正な土地利用」には、その文言が通常与える印象とは異なり、このような含意があることに注意が必要である。

## (2) 問題状況の根本的な変化

その後、土地をめぐる問題状況は根本的に変化した。端的にいえば、本稿のIにおいても指摘したように、右肩上がりの時代は終焉し、右肩下がり時代の時代に移行したのである。土地政策の課題も、

土地の過剰利用への対応の必要性から過剰利用への対応の必要性へと転換した<sup>81</sup>。所有者不明土地問題の背後には、多くの場合には土地の過剰利用がもたらす負の外部性の問題がある。このような問題状況の根本的な変化の下で、土地に関する基本理念をどのように考えるべきか。これが問われている。

土地の過剰利用がもたらす負の外部性への対応策の特徴は、後に再び触れるが、所有者による土地の利活用という積極的行為を求めるところにある。この課題との関連で提起されるのが、土地所有者の責務論である。

## 2 土地所有者の責務論のあり方

### (1) 1980年代の供用義務論

土地所有者の責務という場合に直ちに想起されるのは、1980年代のバブル経済期の土地所有権論を通底していた「供用義務論」と呼ばれる議論である。この議論によれば、「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>82</sup>。このように、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。

この供用義務論は、バブル経済期の民活・規制緩和の潮流の中で、開発促進・再開発推進論者に好個の理論的基礎を提供した。土地の高度利用こそが土地利活用の社会的義務に適合するのである。それはまた、借地・借家法改正論議における保護緩和論、具体的には定期借地権の有力な理論的支柱となった。自ら土地を利活用できない土地所有者は、それを利用権によって他者に委ねるべきなのである。土地基本法においても、その理念を看

<sup>81</sup> 高村・前掲注(14)参照。

<sup>82</sup> 国土庁土地局『明日の土地を考える』(ぎょうせい、1983年)。

<sup>80</sup> この答申は、臨時行政改革推進審議会事務局監修『土地基本提言』(ぎょうせい、1988年)に収録されている。

取することができる（適正な利用および計画に従った利用。3条、11条、12条）。

供用義務論に対しては、多くの批判が提示された。批判的見解によれば、この議論の問題性は、それが語られる具体的コンテキストに求められる。供用義務論がその基礎とするのは、「土地所有権に内在する社会的・公共的制約」という命題である。ところで、従来この命題が語られるときに想定されていたのは、基本的には、その土地の直接的利用者やその周辺住民の利用利益（居住に関する利益や都市環境などの諸利益）の保護である。しかしながら、供用義務論は、当時の具体的コンテキストの下で、地価の論理の観点から見て不十分な利用と評価される市民の土地所有権の制約・否定原理として働く。批判論が問題にしたのは、供用義務論のこのような性格であった<sup>83</sup>。要するに、供用義務論は、当時の具体的な文脈の下で、過剰利用志向型の土地政策を嚮導したというのが、批判論の眼目である。

## （2）過剰利用時代の土地所有者の責務をどのように考えるべきか

### （i）過剰利用に伴う外部性への対処：物理的・法的な利用促進

まず、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剰利用の場合とは、その形が大きく異なることを確認しておきたい。

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、土地の過剰利用の外部不経済への対策は、基本的には利用促進である。利用促進には、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、積極的行為を求める必要があるからである。

土地の過剰利用は、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現れる。しかし、これが外部不経済をもたらすことは、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。

このように、過剰利用が問題とされるころでは、利用規制ではなく利用促進が要請される。負の外部性への対応は、土地所有権規制のための古典的根拠づけである。しかし、古典的には、負の外部性への対応は、土地所有者の過剰利用という行為の自由を制約するという形で問題になった。端的に言えば「規制」である。しかし、過剰利用への対応の場合には、土地所有者に土地の利活用という積極的行為を求めるという点で、古典的な規制型の所有権への介入正当化の法理では対応することが難しい。そこでは、一定の時間軸を想定した利活用への誘導措置が求められるのである。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利活用への社会的責務を課すという議論である。

### （ii）土地の適正利用を支える土地所有権論

この土地所有者の社会的責務論は、1980年代の供用義務論とどのような関係にあるのであろうか。供用義務論の基礎にある「土地所有権に内在する社会的・公共的制約」という命題は、それ自体を抽象的に取り出せば、不当ということはできない。問題は、それが語られる具体的コンテキストである。

このような観点から見れば、以上に示した利用促進論は、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。「円滑化特別措置法」の用語を借用すれば、それは、「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。それは、言葉の

<sup>83</sup> 吉田・前掲注(52)「都市縮小時代の土地所有権」46頁参照。また、詳細には、吉田克己「土地基本法体制論——土地をめぐる企業・市民・国家」法の科学 19号(1991年)48頁以下参照。

本来の意味での「土地の適正利用」といってもよい。このようにして、現時点で問題となる土地所有者の責務は、供用義務論とはまったく異なる。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なのである。

### (3) 現在の議論状況

#### (i) 政府レベルの検討

国交省は、国土審議会土地政策分科会特別部会を設置するに際して、新たな状況を踏まえた土地所有権論検討の必要性を指摘した。すなわち、地価の高騰を前提とする現在の土地に関する制度によっては、所有者不明土地問題等をもたらしている社会的状況の変化に対応できていないことが考えられる。したがって、「(憲法で保障されている)財産権との関係にも留意しつつ、土地所有権と公共の福祉との関係や土地所有者の責務など土地に関する権利のあり方についても検討を行う必要がある」というわけである<sup>84</sup>。また、同特別部会の審議過程でも、土地所有者の責務を国民に対して示す必要性が何度か指摘されている<sup>85</sup>。

『中間とりまとめ』では、この課題の具体的検討までは踏み込んでいない。「法務省において行われる登記制度や土地所有権の在り方など民事基本法制における議論と整合をとりつつ検討を進める

ことが必要である」ことから、本格的検討は、今後に委ねられている。そのような検討を行う際の課題は、次のようにまとめられている<sup>86</sup>。

所有者不明土地など適切とはいえない状態にある土地が増加する中で、土地は国民の諸活動にとって不可欠な基盤であり、限られた貴重な資源であるなど一般の財と異なる性格を持っていることを踏まえ、土地所有者がどのような責務を負うべきかについて検討を行う必要がある。

これに対して、法務省レベルでの検討においては、土地基本法は管轄ではないということもあつてか、土地所有者の責務論は特に取り上げられていない。「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」においても、土地基本法2条が掲げる「土地についての公共の福祉優先の基本理念」が、民事基本法制における土地所有権の在り方を検討するに際してどのように意義を持つかという形での問題提起が行われているだけである<sup>87</sup>。

#### (ii) 条例レベルの対応

条例レベルでは、すでに具体的に土地所有者の責務を定める例が出ている。そのような先駆的ケースとして、「京都府森林の適正な管理に関する条例」(2015年4月1日施行)がある。次のような規定を置いている。

##### (森林の所有者等の責務)

第3条 森林の所有者又は占有者(以下「所有者等」という。)は、その所有し、又は占有する森林が荒廃により災害の原因となることがないように、当該森林を適正に管理するとともに、府及び市町村が実施する施策に協力するよう努めなければならない。

2 森林の所有者は、その所有する森林に関する権利関係が登記簿に正確に記録されるよう努めなければならない。

<sup>84</sup> 「国土審議会土地政策分科会特別部会について」

(2017年9月12日第1回会合配付資料) <http://www.mlit.go.jp/common/001201307.pdf>.

<sup>85</sup> その1例として、第1回会合における増田寛也特別委員の発言を引いておく次のように述べる。「それから、もう1つだけ言っておきたいのですが、土地というものは、一般の財とは当然のことながら異なる性格を持つ財で、放棄したり何なりができないわけですので、この点も少し時間をかけての検討という範疇に入らと思うのですけれども、土地を所有する者の責務をここで明らかにして、国民に訴える必要があるのではないかと。どうしても時代背景から、持つことが負担であれば、それを放棄する、あるいは寄付をする、それにしかるべき受け皿を用意することが、当然必要である」(議事録19頁。<http://www.mlit.go.jp/common/001204271.pdf>)。

<sup>86</sup> 『中間とりまとめ』15頁。<http://www.mlit.go.jp/common/001213928.pdf>

<sup>87</sup> 研究会資料3-2。[http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki\\_siryousu3\\_2\\_2.pdf](http://www.kinzai.or.jp/uploads/touki_siryousu3_2_2.pdf)

その趣旨に関する説明を見ると<sup>88</sup>、土地所有者の責務は、他人の権利に対する侵害を発生させないようにすることが求められるという観点から基礎づけられている。

森林の所有者に限らず、一般に「所有者」は、自由にその所有物の使用、収益及び処分する権利を持ち、法による強固な保護が与えられています。その一方で、自己の所有物が他人の権利を侵害する場合には、その侵害状態を自ら作り出したかどうかを問わず、その侵害を除去すべき地位にあります。

森林を所有する方々も、自己の所有する森林が他人の権利を侵害する場合には、その侵害を除去すべき地位にあり、そのような侵害状態を発生させない状況を維持することが求められます。このことを「森林所有者等の責務」として定めました。

上記条例は、「森林が荒廃により災害の原因となることがない」ようにすることを所有者の責務と捉えている。管理不全によって災害を惹起し、他人の権利を侵害するのは、外部不経済の極端な形態である。土地所有者には、そのような状態を避けるべき義務があることは当然である。しかし、そのような明確で極端な外部不経済を発生させる場合だけではなく、外部不経済がより弱い形でしか問題にならない場合でも、管理不全を避けて土地の適正利用を志向することが求められる。条例でそこまで踏み込めるかに関する躊躇があったものとも思われるが、今後、さらに踏み込んだ検討が望まれる。

### (iii) 土地所有者の責務の法的意味

他方で、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サンクション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。土地基本法

に現在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。

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<sup>89</sup>、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。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。

## VI おわりに

### (1) 相対的負財対応への傾斜と絶対的負財対応の重要性

I「はじめに」の(2)(ii)「所有者不明土地問題の2つの性格」において指摘したように、所有者不明土地問題は、当該土地が相対的負財である場合と絶対的負財である場合とで、問題の性格を大きく異にする。

現在急速に検討が進んでいる所有者不明土地問題への対応策は、本稿の検討の全体から明らかのように、当該土地が相対的負財である場合に大きく傾斜している。公共事業実施における阻害要因

<sup>88</sup> <http://www.pref.kyoto.jp/rinmu/tekisei.html>

<sup>89</sup> 新しい都市計画の理念として位置づけられるコンパクトシティ概念に関してこのような把握をすべきことについては、すでに何回か言及したことがある。吉田克己「日本都市法の新たな展開と都市法のパラダイム転換」新世代法政策学研究 16号(2012年) 192-194頁、同「人口減少社会と都市法の課題」吉田克己・角松生史編『都市空間のガバナンスと法』(信山社、2016年) 13-15頁など。そこでは、フランスの法理論家カトリーヌ・ティピエルジュが提起した「規準としての力 force normative」概念の有用性にも言及している。

を除去するための種々の対応策構築の試みはその典型である。ここで所有者不明土地は、公的主体にとっての利活用が可能であるという意味で、相対的負財なのである。

もちろん、そのような対応は、それ自体として重要な課題である。しかし、それが所有者不明土地問題への対応のすべてではないことにも留意する必要がある。所有者不明土地問題への対応としては、相対的負財だけではなく、絶対的負財にも相応の位置づけを与えるべきである<sup>90</sup>。

## (2) 絶対的負財対応の困難性と必要性

絶対的負財への対応策には、さまざまな困難性がつきまとう。なお、その困難性は、所有者不明土地に限定されず、所有者は知っているが事実上の管理不全の場合にも存在する。

第1に、絶対的負財の場合には、問題が顕在化しにくい。公共事業の阻害等、問題の所在が明確に現れる相対的負財とは、この点で対照的である。

第2に、そもそも何が問題であるのか自体が、実は明確ではない。いわゆる増田委員会が所有者不明土地面積の推計を行い、これをマスコミが所有者不明土地は九州の面積を超えると報道して世論に衝撃を与えたことは先に触れた<sup>91</sup>。増田委員会が推計した所有者不明土地の多くは、絶対的負

財であろう。この報道が世論に衝撃を与えたのは、それが深刻な問題だと感じられたからであるはずである。しかし、一体何が問題なのか。これを明確に言語化するのが難しい。

たとえば、都市部に存在する空き家等は、周辺環境への悪影響（外部不経済）が目に見える。しかし、山奥の林地の管理放棄地などは、その悪影響が目に見えにくい。防災の観点や環境保全の必要性などを語ることもできよう。先に紹介した「京都府森林の適正な管理に関する条例」は、とりわけ防災の観点を前面に出していた。しかし、これらの点での悪影響は、それほど具体性が高いというわけでもないし、やはり目に見えにくいという点に変わりはない。

絶対的負財にかかわる所有者不明土地問題の問題性は、抽象度をかなり上げないと表現することが難しいのであろう。つまり、膨大な面積の所有者不明土地という管理不全・管理放棄地の存在は、日本の将来の国土のあり方に大きな悪影響をもたらす危険がある、というような言説である。言いかえると、かなり漠然とした危惧感ということでもある。しかし、それでも、それへの対策の必要性は、直感的にでもあれ、強く感じられる。

この点で、絶対的負財における所有者不明土地問題は、地球温暖化に起因する環境問題や遺伝子組み換え食物の安全性問題などと、もちろん問題の性格が異質であることは留保しつつも、ある種の共通性を持っているということができる。要するに、予防原則的発想が必要な領域ということである。さらに、人類のアイデンティティを損なう危険がある遺伝子操作やクローン問題との間でも、同様のことがらを指摘することができよう。ある意味で、国土のアイデンティティが問われるということである。

このような問題については、まずもって、国を始めとする公的主体が一定の政策を持って対応する必要がある。その際には、私的所有権にどのように向き合うかが問われる。一方では、①問題が絶対的負財にかかわるのであるから、所有者の財

<sup>90</sup> 国交省が「国土審議会土地政策分科会特別部会」に提出したある資料は、所有者不明土地を「利用意向がある者がいる場合」と「利用意向がある者がいない場合」とに大別している。前者が本稿でいう「相対的負財」に、後者が「絶対的負財」に対応する。国交省資料は、前者については、所有者の探索から始まり、その利活用のための様々な手法を検討している。その具体像については、本稿でも紹介した。問題は後者である。国交省資料は、これについては、「長期間管理されず荒廃するケースも存在」と述べてその問題性を指摘した後、「人口減少など土地利用の前提の変化を踏まえた上で、○所有者不明土地の発生を予防する仕組み ○放棄された土地の管理責任の所在等、土地所有の在り方 等について抜本的な検討を行う必要」がある旨を指摘している。第1回ワーキンググループ会合への参考資料1「所有者不明土地を取り巻く状況と課題について」16頁。<http://www.mlit.go.jp/common/001207189.pdf> まさにその通りであるが、その「抜本的な検討」は、いまだ行われてはいないようである。

<sup>91</sup> 注(3)参照。

産的利益を考慮する必要性は大きくないこと<sup>92</sup>、他方では、②公的主体の関与の必要性が緊急なものというわけでもなく、長期的・漸進的対応が求められること、の両面を踏まえるべきである。そして、そのような公共団体の責務に加えて、土地所有者にもそれぞれの社会的責務を果たすことが求められる。このような配置の上に、どのような長期的政策のあり方を描くかの検討は、今後の課題に属する。

---

<sup>92</sup> この点では、所有権が及ぶことは認めつつ、所有者の財産的利益が乏しいことから、収用制度に関する特例的扱いが認められた大深度地下立法が想起される。