

土地基本法見直し「中間とりまとめ」における土地所有者の「管理」の責務

—物理的管理と法的管理—

獨協大学 法学部 教授 小柳 春一郎
こやなぎ しゅんいちろう

はじめに

土地基本法の見直しのため 2019 年 12 月に発表された国土審議会土地政策分科会企画部会「中間とりまとめ～適正な土地の「管理」の確保に向けて～」¹（以下、「中間とりまとめ」という。）は、副題にあるように、土地の「管理」をキーワードとしている。最近の議論では、土地所有における「管理」の責務の必要性が指摘されていたから、この点は重要な意義がある。本稿は、「中間とりまとめ」における土地の「管理」の責務論の特徴を検討し（⇒ 1.）、これに続けて、管理の責務論が、土地所有権に対する具体的な規制とどのように関連するかを論ずる（⇒ 2.）。

1. 「中間とりまとめ」における土地所有者の管理の責務論

「中間とりまとめ」は、第一に、土地所有者の管理の責務を正面から位置付け（⇒（1））、第二に、管理という場合に物理的管理のみならず、法的管理をも視野に入れ（⇒（2））、第三に、管理の責務の目的について、「地域への外部不経済の発生防止・解消」とした（⇒（3））。第三の点に関しては、土地が将来の国民のための資源であることから考えれば、将来の外部不経済の発生防止・解消という点にも管理の責務は及ぶものと理解す

べきである。

（1）土地の「管理」の論点化

土地法における管理への注目については、生田長人＝周藤利一『縮減の時代における都市計画制度に関する研究²』（国土交通政策研究所、2012年）とりわけ、「第8章管理行為概念の導入（その1）」（生田長人執筆）が重要であり、次のように論じていた。

「新規の行為に対するコントロールに留まらず、既存のもの利用のコントロールを含んだ「管理（マネジメント）概念に基づいたコントロール」が重要性を増してくる。」

「管理において適切な状況を実現しようとするれば、「不作為」を問題とし、「作為」を強制するようなことが必然的に避けられなくなることが考えられる。これは、所有権における「責務」概念を検討しなければならないことにつながり、突き詰めた形での「管理コントロール」の実現には高いハードルが存在している。しかし、現在、わが国においては、縮減の時代が既に到来しており、各地で「作為放棄」の状況が見られるようになり、それは今後も深刻化することが予想される、つまり、耕作放棄農地、管理放棄森林、郊外幽霊

¹ <https://www.mlit.go.jp/policy/shingikai/content/001322235.pdf>

² <http://www.mlit.go.jp/pri/houkoku/gaiyou/pdf/kk102.pdf>

団地、地方都市中心部の空洞化などに対しては、いずれも従来の開発・建築規制、都市基盤施設の整備だけでは対応が困難な状況が生じており、管理概念の導入とそのコントロールは早晚避けられなくなりつつある。」³。

管理概念の重要性が増大しているのは、人口減少等により、土地所有権の適切な行使が困難になり、種々の形の「放棄」が登場していること、及びこれに対して「作為」を何らかの形で強制する社会的必要性がうまれつつあること、しかし、伝統的に権利の面を中心に考えられてきた土地所有権に対して、作為義務を課することは容易でないことが理由であった。この管理概念については、都市計画分野等において議論が深化されていた⁴。

これに対し、「中間とりまとめ」は、次のように述べて、土地所有者の管理の責務を正面から認めた。

「〔現行の〕土地基本法は「利用」と「取引」に関する規定を中心に構成され、事業による計画の実現や規制により旺盛な土地利用ニーズを前提に適正な利用へと調整するための対策を主に想定している。

一般的に「利用」の概念には、それに伴う

「管理」の概念が含まれていると考えられるものの、上記の管理不全の土地等の課題への対応の観点からは、土地所有者等が積極的に「利用」する意思を必ずしも伴わない「管理」を対象として、その適正を確保することが必要となる。

この「管理」については、求められる具体的内容は個々の土地の置かれた条件によって異なるため、必要に応じて当該土地の周辺地域での土地利用・管理の将来像を踏まえて関係者間で合意形成を図りながらその内容を定め、優先度を判断して取り組むことが望ましいものの、一般的には、周辺の土地や近隣住民等に対して、生活環境の悪化、災害のおそれなど保安上の危険、円滑な利用の阻害等の悪影響を与えないために必要となる保全行為（物理的管理）とともに、災害発生時の緊急時の対応等も念頭に、自らが所有者であること及びその所在を登記により公示するほか、土地の境界の明確化に努め、これに協力するといった行為（法的管理）を求めることが必要である。

なお、最低限の管理としては、法的管理に加え、見守りなどによる悪影響の定期的な把握等が考えられる。⁵

「（土地基本法改正との関係として、）基本理念として、土地は適正に利用されるだけでなく「管理」されなければならないものであることを明確にするべきであり、さらには、それらを確保する観点から、取引の円滑化も重要であることを明らかにする。…」

土地所有者等自らによる適正な土地の利用・管理を促し、これが困難な場合には土地所有者等以外の者による円滑な利用・管理を確保できるようにする観点から、国・地方公共団体、事業者、国民一般の責務にも「管理」の重要性を反映させるとともに、土地所有者等の責務を新たに位置付け、その内容として、

³ 生田長人＝周藤利一『縮減の時代における都市計画制度に関する研究』（国土交通政策研究所、2012年、<https://www.mlit.go.jp/pri/houkoku/gaiyou/pdf/kkk102.pdf>）63頁。第8章 管理行為概念の導入（その2）（周藤利一執筆）は、これに続けて、「都市管理を「都市全体を空間的・時間的に適切に制御し、持続可能な都市活動の実現を図ること」と措定した上で、都市計画制度のあり方について論じている（77頁）。

⁴ 亙理格＝生田長人＝久保茂樹編集代表『転換期を迎えた土地法制度』（土地総合研究所、2015年）「第3章 都市空間の管理へ向けて」が長谷川貴陽史「都市計画法制における「管理」概念についての覚書」、久保茂樹「縮退時代の都市管理におけるマスタープランの役割」、西田幸介「都市の適正管理とマスタープラン」を掲載する。この場合の管理は、民法252条（共有物の管理）規定における「保存」、「変更」と区別された「管理」概念と異なるし、事務管理（697条）における「管理」とも異なる。吉田克己「都市縮小時代の土地所有権」土地総合研究2015年春号も、「空き地問題や空き家問題に見られる土地の過少利用については、公衆への危害の危険が現実化していれば、古典的ポリス規制法理でも介入しうる。しかし、それよりも危険度が小さい場合をどう考えるかが問題である。」と指摘していた。

⁵ 前掲注(1)19頁。

適正に土地を利用・管理し、円滑に取引を行わなければならないこと、登記手続など権利関係の明確化及び土地の境界の明確化に努めること、国又は地方公共団体が実施する土地に関する施策に協力することを位置付ける。⁶⁾

(2) 物理的管理不全と法的管理不全

「中間とりまとめ」の管理論は、法的管理にも注目している。一般には、「法的管理不全とはある土地の権利関係が不明確になっている状態を指す。端的に言えば、所有者不明土地問題である。」とされる⁷⁾。都市計画畑を中心とした土地の管理論では、主として物理的管理が問題にされてきたのに比べ、「中間とりまとめ」は、進んでいる。

不動産の物理的管理不全・法的管理不全の区別の重要性を指摘したのは、吉原祥子東京財団研究員であろう⁸⁾。筆者は、この見解を非常に有意義な指摘と考えるが、両者の関連は、表1のとおりである。

表1の①の場合は、不動産が物理的にも問題のない形で管理され、しかも法的管理不全もない場合である。例として、空き家ではなく、しかもその登記上の所有者名義が所有者及び利用者の実態と対応し、土地境界も明確な場合である。この場合は、都市計画法的な見地（例えば、景観）等を別にすれば、問題とすることはない。

表1 不動産の物理的管理不全と法的管理不全 (建物の例)

		物理的管理不全	
		問題なし	問題あり
法的 管理 不全	問題 なし	①望ましい状態	②特定空家 ⁹⁾ であるが、所有者明確
	問題 あり	③きちんと利用、 名義は2代前	④特定空家で所有者不明

これに対して、②は、物理的管理不全があるが、法的管理不全は存在しない場合である。例として、周辺環境に悪影響を及ぼす特定空家である場合であって、その所有者が登記名義等から容易に特定できる場合である。この場合は、市町村は、一定の手順を踏んで対応をなしうる。対応を容易にしたのが「空家等対策の推進に関する特別措置法」（以下、「空家法」という。）である。空家法1条（目的規定）が、「この法律は、適切な管理が行われていない空家等が防災、衛生、景観等の地域住民の生活環境に深刻な影響を及ぼしていることに鑑み」と規定するように、「適切な管理」の意義は、基本的に、周辺への悪影響を与えないものとして管理する物理的管理である。

③は、物理的管理不全は存在しないものの法的管理不全が存在する場合である。例として、空き家でなく通常の利用が行われ、利用している者が固定資産税を毎年負担しているが、しかし、その不動産の登記上の名義が2世代前（現利用者の祖父母）の場合が考えられる。固定資産税は、2代前のすでに死亡した者への課税となっている。吉原祥子は、日本において、固定資産税死亡者課税¹⁰⁾が相当の割合で存在することを明らかにした。この場合、現利用者は、利用している不動産を自分の所有物と考えているかもしれないが、しかし、登記名義人等の遺産分割協議が未了である場合、法的に見れば、それは相当に疑問である。さらに、

⁹⁾ 「特定空家等」とは、「そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険となるおそれのある状態」等の空家等である（空家法2条2項）。

¹⁰⁾ 川井幸生「所有者不明土地等への課税手順とその実践例」（月刊）税2018年4月号22頁。

⁶⁾ 同上26頁。

⁷⁾ 吉田克己「所有者不明土地問題への法政策的対応」同『現代土地所有権論——所有者不明土地と人口減少社会をめぐる法的諸問題』（信山社、2019年）93頁。参照、拙稿「フランス法における不動産の法的管理不全への対策—コルシカにおける相続登記未了と2017年地籍正常化法—」土地総合研究25巻2号（2017年）69頁。

⁸⁾ 「本プロジェクトでは、人口減少にともない土地需要や担い手が減る中、各地で耕作放棄や植林放棄といった土地の「管理放棄」が進むとともに、土地の所有者が相続登記をせず死亡者名義のまま放置する「権利放置」（相続未登記）が増加するおそれのあることを指摘してきた」（東京財団政策研究『土地の「所有者不明化」～自治体アンケートが示す問題の実態～（2016年3月）』6頁。吉原研究員は、この「権利放置」を法的管理不全という言葉でも表現している。また、同『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』（中央公論新社、2017年）22頁。

その土地の境界等が明らかでない場合も、法的管理不全に含まれると考えられる。

④は、物理的管理不全かつ法的管理不全の場合である。例として、問題の不動産が特定空家（シロアリ屋敷や崩壊危険屋敷）であり、かつその所有者はすでに死亡しており、その相続人も死亡し、相続登記未了であることから所有関係の調査に相当の手数が必要になる場合である。

物理的管理不全か否かは、周辺環境への悪影響の有無により定まるのに対して、法的管理不全か否かは、実際の利用や所有のあり方と法的な名義との関係で定まる。土地所有者による処分や公共団体による用地取得に多くの困難が伴うからである。法的管理不全が生ずる理由として、重要なのは、相続登記未了である¹¹。

（3）近隣外部不経済防止を中心とした「管理」

「中間とりまとめ」は、管理の具体的あり方について、「外部不経済の発生防止・解消に向けた適正な土地の管理」が重要であるとしている。ここに見られるのは、近隣又は地域の外部不経済（他害）を防止するための管理論である。

不動産の物理的管理不全では、周辺への悪影響を比較的容易に考える。特定空家の原型のひとつとなったシロアリ屋敷¹²のような物理的管理不

全の場合には、近隣所有者も私法的手段を有しうることが多い。建物については、物権的請求権、相隣法上の請求権、事務管理、工作物責任・一般不法行為責任追及などの手段がある¹³。

これに対して、不動産の法的管理不全の場合には、そのようなことは考えにくい。法的管理不全について、「適切に管理すべき義務」を課することはそれほど容易ではない。このためか、「中間とりまとめ」は、前述のように、災害対応の観点から法的管理が必要であることを指摘している。

これに対して、筆者は、土地基本法が土地について、「現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源」として位置付けていること（2条）にかんがみ、将来世代への不経済の防止ということも考慮に入れうると考えている。より具体的には、相続登記未了等による所有者不明状況及び不動産の権利と責任の分散の防止の問題である。相続登記未了による所有者不明状況について、「中間とりまとめ」は、「所有者不明土地が存在すると、公共事業など様々な場面で、土地を利用しようとする者がその土地の取得・利用のため、所有者等の探索に多大な時間・費用・労力を費やさなければならず、円滑な土地利用や事業実施の支障となる。」と指摘している¹⁴。

権利の分散については、星野英一が現在から60年前の1960（昭和35年）に、遺産分割協議未了、相続登記未了が将来に困難な問題をもたらすことを予想していた。この当時は、民法親族法・相続法昭和22年改正に伴う共同相続制度が導入されて間もない時期であった。長らく単独相続である家督相続に慣れてきた人々の相当の部分が、事実上の相続放棄により対応した。これは、相続人が自己のための相続の開始を知ってから3か月以内

推進の意見書が国会に提出されているなど、既に全国的に広がりをもった大きな社会問題となっていることを思い知らされました」（自民党空家対策推進議員連盟・宮路和明等編著『空家等対策特別措置法の解説』（大成出版社、2015年）「はじめに」1頁）。

¹³ 空家問題に即して、伊藤栄樹「「空家問題」の私法的検討序説」上智法学59巻4号（2016年）214頁以下。

¹⁴ 前掲注(1)24頁。

¹¹ 松尾弘「土地所有を考える8……相続登記を義務化すべきか」法学セミナー2019年11月号60頁。不動産の法的管理不全は、以上に加えて、「筆界未定地」すなわち「法務局保管地図」に筆界の記載がされていない土地をも含むことができる。このような土地もまた、所有者による売却、抵当権設定等が容易でないのみならず、公共用地取得の場合にも相当の困難が伴うからである。

¹² 議員立法である空家法での中心人物であった鹿児島選出議員の宮路和明衆議院議員（当時）は、空家法の立法動機について、次のように述べている。「限界集落などにも積極的に足を運びました。その中で最も痛切に感じたのは、猛威をふるう鳥獣による農林業被害のひどさと驚くべき空き家の多さでした。空き家問題の凄まじさ……台風時に瓦や壁が周辺に飛び散り、危険を及ぼしている空き家、シロアリの巣窟となり近隣の家屋に被害を発生させている空き家、荒廃した家屋敷が美しい農村風景を著しく損ねている空き家など、様々な空き家の弊害を集落の人々から訴えられ、早急に対策に乗り出さなければならないと思いました。……空き家問題は、田舎だけの問題ではなく、東京23区から法整備を含めた対策

に行われるべき民法の予定する相続放棄手続（民法 915 条、938 条）等によらず、遺産分割協議を行わないまま、特定の人に不動産の利用を委ねるものであった。

「事実上の相続放棄によって、せっかくの新法の共同相続の趣旨が實際上多く無視されていることは好ましくない現象ではあるが、だからといって、数十年先になって、すでに新しい相続が発生して相続人の数も増して各地に散在し、かつての特別受益の関係も不明瞭になるなど、複雑な関係になってから分割請求をすることは耐え難い煩雑さを生む」¹⁵。

星野は、「遺産を占有する共同相続人が、占有がすでに二〇年になったとして、その取得時効を主張し、分割の協議に応ぜず、調停も成立しなかった場合はどうなるか。」との問いに対して、取得時効を認める方策を解釈論として検討することでこの困難の解決を図ったが（同上論文）、その後の判例は、遺産共有において共有者の 1 人が遺産を占有管理しても、他の共同相続人の相続分について、原則として、他主占有と解した（最判昭和 47 年 9 月 8 日民集 26 卷 7 号 1348 頁）。学説も同様である¹⁶。この結果、星野が 60 年前に予想した問題が現実化している。

更に責任の分散も大きな問題である。空き家についていえば、特定空家が多数の相続人の共有による場合について、『「特定空家等に対する措置」に関する適切な実施を図るために必要な指針（ガイドライン）（案）に関するパブリックコメントの募集の結果について』（平成 27 年 5 月 26 日国土交

通省住宅局総務省地域力創造グループ）は、次のような問題提起を紹介する。

「特定空家等の登記名義人が死亡している場合について、相続人の調査を行った結果、複数の相続人がありその一部について行方不明者がいるという事案を想定する。このような事案においても、特定空家等に対する措置の内容を問わず、ただちに法第 14 条に基づく助言または指導、勧告、命令という手続を行うことについては疑問がある。相続人が複数いる場合には、特定空家等は相続人の共有状態であるところ、措置の内容が修繕や立木竹の伐採といった民法上の保存行為（民法 252 条但書）に該当するものであれば、所在の判明している相続人のみでも可能であろうが、除却など処分行為や共有物の管理や変更に関連するものであれば、その相続人のみでは対応できないことになる。」

この問題提起は、建物除却が伝統的には変更行為であり、共有者一人によることが可能な単独行為や持分過半数による管理行為とは異なり、全員同意が必要と考えられることを念頭に置いている。共同相続人の一人であっても、特定空家についての措置を命じられた場合には受命者として対応する義務を負いつつ、実際には動きがとれないという場合がありうる¹⁷。仮に、この場合で、行政側が代執行を行った場合¹⁸、共有者は費用負担義務を負い、それを他の共有者に求償することになるが、実際に求償可能かは不確実である。

管理の目的を近隣・地域への外部不経済防止に

¹⁵ 星野英一「遺産分割の協議と調停」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会（編集）『中川善之助教授還暦記念家族法大系 VI 相続(1)』（有斐閣、1960 年）352 頁。

¹⁶ 「通常、共同相続人の 1 人が遺産に属する不動産の全体について占有管理していても、他の共同相続人の相続分については、いわば事務管理であって、他主占有である」（内田貴『民法Ⅳ 親族・相続（補訂版）』（2002 年、東京大学出版会）445 頁）。二宮周平『家族法（第 5 版）』（新世社、2019 年）364 頁も同趣旨。最近の再検討の動きについて、松尾弘「土地所有を考える 6 所有者不明土地の時効取得」法学セミナー 2019 年 9 月号 75 頁。

¹⁷ 危険な空き家については、共有者の一人が保存行為として建物を取り壊すことも可能との見解もある（伊藤・前掲注(13)208 頁）。

¹⁸ なお、本問題についての国交省による回答は、「登記簿上の所有者等が死亡しており複数の相続人があり、その一部について行方不明者がいる場合、相続人の把握作業を進め、確知できた相続人（＝所有者等）全員に対して、助言または指導、勧告を行うこととしています。命令は、勧告を受けた者が正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかった場合にしかできないので、確知できた相続人だけでは措置をとる権原が無い場合、同項に定める手続を踏んだ上で、略式代執行措置を講ずることも考えられます。」と述べている。

限る必要はない。権利と責任の分散を防止することも、現在の土地所有者の将来世代に対する土地の管理の責務として考えることができる。

2. 土地所有者の管理の責務と土地所有権への制約

土地所有者に管理の責務を課したとしても、第一に、空家法の例が示すように、責務と法的義務との間には一定の距離がある(⇒(1))。第二に、土地所有権に具体的に法律上の制約を課するには、憲法29条の考慮が必要である(⇒(2))。第三に、財産権保障の具体的あり方については、内閣法制局が従来立法例との比較等に基づくコントロールをしており、それは、有益なものであるが、中間とりまとめの例にあるように、土地の管理の側面から、半歩進めることが必要である(⇒(3))。「中間とりまとめ」の土地管理責務論を手掛かりに、将来の国民のための他害防止を目的として、土地所有者に一定の義務を課する立法に途を開くべきである。

(1) 責務と具体的法的義務：空家法の場合

空家法3条は、「空家等の所有者又は管理者(以下「所有者等」という。)は、周辺の生活環境に悪影響を及ぼさないよう、空家等の適切な管理に努めるものとする。」と定め、「空家等」の所有者等の管理義務を規定するが、これは、努力義務であり、厳密な意味の法的義務ではない。空家法議員立法の中心人物が執筆し、その半公式解説と考えられる『空家等対策特別措置法の解説』は、次のように述べている。

「本条は、空家等の所有者等に対して、周辺の生活環境に悪影響を及ぼさないよう、空家等を適切に管理すべき努力義務を課すものである。

空家等が私有財産である以上、その管理は所有者等の自由であるのが原則であるが、所有者等といえども、その管理を怠って周囲の生活環境に悪影響を及ぼすことまで許されるものではない。そこで、本法は本条を置くこ

とで、空家等の所有者等に対して、努力義務の限度ではあるものの、その責務を明らかにしたのである。……

なお、本条の努力義務に違反したからといって、それだけでは、何らかの法的な効果が生ずるということはない。

しかし、本条の努力義務を怠った結果、空家等が特定空家等であると認められる場合には、特定空家等に関する規定の実施のための立入検査(法第9条第2項)、さらには特定空家等の是正措置として助言・指導、勧告、命令、行政代執行(法第1条)などの措置の対象となるほか、特定空家等である看板の保存に瑕疵があり、それが原因で他人に損害を与えた場合には、民法上の工作物責任(民法第717条)など他の関係法令による法的責任が当然問われ得る。」¹⁹。

空き家の所有者の管理義務を努力義務とすることについては、肯定的な評価がある。これは、所有権については、使用、収益、処分権限という権利行使を中心にしてきたこと、管理義務を認める場合になぜ空き家だけに認めるのか説明が難しいこと、いかなる「管理」の義務かが明らかではなく、空家法の「適切」管理義務では曖昧なことなどがその理由である²⁰。

空家法で、具体的に義務が発生するのは、特定空家であって、しかもその是正措置が命令された場合である²¹。特定空家で「そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険となるおそれのある状態又は著しく衛生上有害となるおそれのある状態」である場合等には、除却命令すら予定されている(14条)。

¹⁹ 宮路等・前掲注(12)66頁。

²⁰ 伊藤・前掲注(13)210頁。

²¹ この命令は、行政命令であり、命令の相手方である「特定空家等の所有者等」に対して法的拘束力を持ち、当該受命者がその命令に従わない場合には、50万円以下の過料に処せられる。命ぜられた措置を履行しない場合には、市町村長が代執行の手続をとることができる(14条9項)。

(2) 土地立法における所有権規制論の特徴

空家法の除却命令等では、憲法による財産権保障との関連が論点になりうる。換言すれば、空家法における除却は、財産権制限として、憲法上許容されるかが問題になる。これについて、『空家等対策特別措置法の解説』は、次のように述べる。

「問77 第3項に基づき除却のような強い措置を命ずることは憲法上問題ではないか。

除却命令は、本来、所有者等が自らの財産として建築物等を自由に処分・管理してよいところを、市町村長が公益上の必要性を理由にその所有者等の権利を制限するものであり、憲法第29条に基づく財産権の保障との関係が問題になる。

除却命令のような強い措置が憲法上許容されるためには、「特定空家等」に対する除却命令が憲法第29条第2項の「公共の福祉」に適合する財産権に対する制限としては是認される必要がある。そのためには、規制目的が正当であり、また規制手段が当該規制目的を達成するための手段として必要性及び合理性を有している必要がある。

この点、「特定空家等」に対する除却命令により、地域住民の生命身体又は財産を保護するとともに、周辺的生活環境の保全を図るといふ規制目的は、正当性を有するといえる。

また、除却命令は、地域住民に対する危険の除去を担保する手段として、規制目的を達成するために不可欠である。

さらに、

- ①全部除却の命令は、そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険のある状態又は著しく衛生上有害となるおそれのある状態にある「特定空家」に限定されていること
- ②命ぜられる除却の範囲は、当該危険、周辺に対する悪影響を排除できる範囲で相手方の負担がなるべく少なくなるよう、比例原則に従い、「特定空家等」の具体的な現状を考慮して判断されること

等から、除却命令は規制目的を達成するため

に必要な限度において行われることとなる。²²⁾

土地立法において、憲法29条の財産権保障との関連をこのように捉えるのは、空家法の解説だけではない。そもそも、土地基本法制定当時の土地所有権規制論は、その半公式解説である『逐条解説 土地基本法』によれば、次のようなものである。

「本条の理念は、このような憲法第二十九条第二項の公共の福祉による財産権の制限を土地についてより明確化したものである。すなわち、憲法第二十九条第二項では、財産権の内容は公共の福祉に適合するように定められることとされている。本条は、土地という財産権について、その特性を明らかにするとともに、その特性をかんがみれば、公共福祉が優先されるものであること、したがって、公共の福祉のために個別法により土地に対する制約を課すに当たっては、このような特性に応じて行うことを要請しているものであり、この意味で本条は憲法第二十九条第二項の考え方を土地について敷えんしたものである。

(3) 憲法第二十九条第二項の規定の下でどの程度まで土地所有権に対して制約を課することができるかどうかについては、一般論としては、

- ①第一に、その制約の目的が公共の福祉のため制約を課する合理的な必要性を有していること。
- ②第二に、その制約の内容が、制約を課する必要性に応じて合理的な範囲内にあること。の二つの要件を備えているかどうかで判断されるべきものと解される(注)²³⁾。

最後の(注)が引用しているのは、著名な森林法違憲判決(最大判昭和62年4月22日民集第41巻3号408頁)²⁴⁾である。これを見れば、土地所

²²⁾ 宮路・前掲注(12)147頁。

²³⁾ 土地政策研究会(著)、国土庁土地局(監修)『逐条解説 土地基本法』(ぎょうせい、1990年)32頁。

²⁴⁾ 同判決の重要性について、仲野武志『国家作用の本質と体系 1——総則・物権編』(有斐閣、2014年)7頁は、「憲法学界では、私権形成的な措置法律に限らず民法特別法も含めた、財産権を制約する立法全般の違憲審

有権を含めた財産権規制においては、行政実務では、土地基本法立法時代から、空家法に至るまでほぼ同一の基準が採用されていると考えられる²⁵。

この財産権制限論は、立入りについての原則よりも、規制に対する制約が弱い。『空家等対策特別措置法の解説』は、立入りについて、「行政機関職員の入りは公益上必要がある場合で最小限度である必要がある（林修三『例解立法技術』）²⁶」と

査基準につき、豊富な研究の蓄積が見られる。そこでは、森林法 186 条（共有林の分割請求の制限）を違憲とした昭和 62 年の最高裁判決等の基準を一応受け容れた上、その内包・外延を吟味するのが大勢のようである。」と指摘している。

²⁵ この財産権規制論は、文言のレベルでは、森林法違憲判決事件の法理に比べると、所有権制限に謙抑的と評価できる。というのも、森林法違憲判決は、次のように述べている。「財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である」

規制目的と規制手段の関係についていえば、森林法違憲判決は、「規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り」違憲とするのに対して、空家法の説明の憲法論は、「規制手段が当該規制目的を達成するための手段として必要性及び合理性を有している必要がある」としている。そうすると、規制手段が規制目的を達成するために「必要性及び合理性を有している」ことは必ずしも明らかではないが、さりとて、「必要性若しくは合理性に欠けていることが明らか」とまでは言えない場合が問題になる。この場合は、最高裁判決によれば、「欠けていることが明らか」とまではいえないから違憲ではないが、しかし、空家法の憲法理論によると、「必要性及び合理性を有している」かも明らかではないから、違憲になりうることになる。こうしてみると、空家法の財産権規制論は、最高裁判決を意識しながら、違憲とされる恐れが少ないもの、侵害については謙抑的になものとなっている。

²⁶ 林修三ほか『例解立法技術（第2次全訂新版）』（学陽

の規範を提示しつつ、あてはめとして、立入りは、立入り以外の調査で外観上周辺に悪影響の空き家に限定（9 条 1 項の軽易調査）していること、是正措置には立入りが不可欠で公益上必要なこと、立入りは是正措置のためにのみ可能であり、最小限度であると考えられ、また代替手段がないこと、更に、所有者が拒絶すれば、立入りは不可能（調査拒否の罰則あり）であること、同種の立法の存在（建築基準法 12 条 7 項等）を根拠に立入り規定の合憲性を導いている。

また、この行政実務の憲法 29 条論は、学説の憲法論とは大きな違いがないようである。例えば、秦博美の論文「空き地・空き家の条例にみる憲法問題」は、次のように述べる。

「当該判決（森林法違憲判決…小柳注）で提示され、旧証券取引法 164 条の合憲性大法廷判決（平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁）で確立されたと思われる、憲法 29 条の財産権制限に関する判断枠組みは、代表的な憲法基本書により次のように整理されている。すなわち、「法律によって、どの程度まで財産権に対する規制を課することができるかについては、規制を課する目的・内容・手段・方法等が多種・多様であつて、これを一律に論ずることは困難であるが、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質および制限の程度等を比較考量し、当該目的達成のために合理的な範囲内であるかどうかを判断することになる。その場合であつても、目的の正当性と目的達成手段の必要性・合理性の有無が憲法判断の決め手となる）」²⁷。

書房、1983 年）372-373 頁。住居の不可侵に関する憲法 35 条 1 項は、一般に刑事手続に関するもので、行政上の私道取締りのための立入りには直接適用されるものではないが、立入りが私人の自由のかなり強い侵害になることから、「公益上必要な最小限度の侵害に限らなければならない」とされる。

²⁷ 秦博美「空き地・空き家の条例にみる憲法問題」月報司法書士 495 号（2013 年）25 頁。ここで通説の見解とされているのは、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I』（有斐閣、第 5 版、2012 年）490 頁であ

(3) 法制執務と財産権尊重

以上のような抽象的議論に加えて、具体の規制立法を導入するには、内閣法制局を中心とした法制執務との関連が重要である。現役官僚は次のように述べている²⁸。

「霞ヶ関で政府提出法案を検討するに当たっては内閣法制局において法案の憲法適合性は非常に厳格に審査されるが、国土交通省の法案に比較的多くかかわる重い規定として、憲法の財産権条項がある。日本国憲法第二十九条…

私は、以前、水防法・下水道法・日本下水道事業団法改正（平成27年改正）を担当したが、改正事項の一つとして、下水道法の中に、一定要件を満たす場合には、条例により、土地所有者等に雨水留・浸透施設の義務づけを行うことができる規定を創設するものがあつた（下水道法第25条の2）。

これは、財産権にかかわる法制局審査を受けた者なら誰でも知っている話であるが、かの有名な奈良県ため池条例の最高裁判決（災害の未然防止について比較的広く合憲性を認容している）を示すくらいでは全く相手にされず、ありとあらゆる法律を見回して、このような規制を行うことが現行法体系（憲法価値を基本的に体现）の「相場観」に合っていることを立証しなければならない。

私有財産制度は、欧米の憲法形成史を見ても分かるとおり、憲法の根幹の一つとなっているのであり、財産権を侵害する法令については、特に慎重な取扱いが求められているのである。」

憲法秩序を維持するための仕組みとしての内閣法制局による内閣提出法案の審査は、土地所有権制限の新規立法によるドラスティックな変革を許さないものとなっているようである²⁹。

法制執務の特徴について、内閣法制局長官経験者は、次のように述べている。

「よく検討をすべきことは、その法律案が、憲法を頂点とする既存の法体系に適合したものになっているかどうかである。特に憲法については、……万が一にも最高裁判所によって違憲の判断が示されたとしたら、……国民には大きな迷惑をかけたことになるからである。もっとも、その一方では、憲法や他の法律の条文との形式的整合性に気を取られるあまりに、過剰に防衛的になりすぎて、新しい時代の変化に即応した条文の解釈の余地を自ら狭めてしまう結果を招くことも、好ましくないと思われる³⁰」。

内閣法制局は、法秩序の安定性に貢献している。内閣法制局勤務経験者は、「条文に規定された作用・組織等が同種・類似の作用・組織等を規定した他の法律と比べて「相場」を外れたものとなっていないか、先例がないものには相応の理屈が用意されているか等が（総じて穏やかな口調ながら）徹底的に問い質される」。「（この審査は）既存法秩序との整合性を確保するための「抵触性審査」であり、侵害作用について行われる場合には違憲審査そのものとなる」、「相場」とは個々の立法例（テキスト）に通底するコンテキストであり、そこに憲法規範が体现されていると考えられる。如何なる法案でも森林法違憲判決等の定式に当て嵌めて合憲と称することは容易であるから、それ以前に「相場、内に収まっている（相場、を半歩踏み出す新例だが相応の理屈がある）から合憲である。」という判断が介在しなければならないのである。」と指摘している³¹。

摘もこれに関連するのではないかと考えられる（藤田宙靖「土地基本法第二条の意義に関する覚え書き——『土地についての公共の福祉優先』とは何か——」『行政法の基礎理論下巻』323頁以下（有斐閣、2005年）328頁、また、藤田宙靖ほか編『土地利用規制立法に見られる公共性』土地総合研究所（2002年）参照）。

³⁰ 山本庸幸『実務立法演習』（商事法務、2007年）16頁。

³¹ 仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集61巻6号（2011年）191頁、197頁注(11)。

る。

²⁸ 藤川眞行『公共用地取得・補償の実務 基本から実践まで』（ぎょうせい、2018年）85頁。

²⁹ 土地規制立法における最小限規制の原則の存在の指

筆者は、内閣法制局の財産権尊重の姿勢を有益なものと考えている。そのように考えるようになったきっかけは、原子力損害賠償制度成立時の法制局の法令審査の例を知ったことである。日本の「原子力損害の賠償に関する法律」(昭和36年法律147号、以下「原賠法」という)の最大の特徴は、原子力損害について、事業者賠償責任を有限としなかったこと(事業者無限責任)である。この当時の諸外国の原子力賠償制度は、事業者保護のために、事業者有限責任を採用していたが、この場合、被害者の損害賠償請求権が切り捨てられるという問題が生ずる。これについて、昭和34～35年版原子力白書(昭和36年2月刊)は、現行原賠制度の基本を定めた昭和35年3月26日原子力委員会決定「原子力損害賠償制度の確立について」に関し、「賠償責任を一定額で打ち切るとは財産権の保護の観点から憲法上の疑義があるので、責任制限については規定しないこととした」と述べた(白書192頁)³²。

2015年設置の原子力損害賠償制度専門部会でもこの論点は重要であり、「原賠法制定時に賠償責任を一定額で打ち切るとは財産権保護の観点から憲法上疑義があるということで、法制局で反対され、結局責任限度額は法律上、書くことができなかった訳です。……内閣提出の法案でいこうとする限りは、この議論をクリアしないといけないというのが最大の論点だと思います」と元文部次官委員からも指摘された³³。2018年の原賠法改正(平成30年12月12日法律第90号「原子力損害の賠償に関する法律の一部を改正する法律」による法改正)では、原賠法制定当時の無限責任が維持された。これは、原子力事業者有限責任論への

転換について国民の理解を得難いことなどが重要な理由であるが、また、専門部会委員も、後に、原子力事業者の責任の「有限責任化」は「被害者救済の部分化」をもたらす結果となり、財産権侵害に基づく憲法違反の状態に直結する課題を孕んでいたと言えよう。」と指摘している³⁴。

筆者の考えでは、このような法制局の財産権尊重の態度は一般的には、支持されるべきものである。そのような態度を基本としながら、土地利用についてこれまでよりも踏み込んだ規制を検討する段階にあると言えよう。

「中間とりまとめ」は、土地所有者等自らによる適正な土地の利用・管理を促し、その内容として、適正に土地を利用・管理し、円滑に取引を行わなければならないこと、登記手続など権利関係の明確化及び土地の境界の明確化に努めることを位置付ける。法的管理不全が現在及び将来の世代に種々の問題を引き起こし、相続事例が増大する今後は更に大きな問題を惹起することが予想されることから、相続登記の義務付けについて立法を行うことも可能になると考えるべきである。その場合も、空家法において、空き家所有者等の管理の責務のうち、責務違反が与える外部不経済が明確な特定空家について法的規制が設けられたように、法的管理義務の不遵守についても、外部不経済性又は将来世代への影響の明らかなものについて、法的規制(相続登記義務等)が設けられるべきことになる。

相続では、登記義務を公法上の義務として課すべきだが、売買については、公法上の登記義務を新設する必要性はないと考えられる。その理由は、第一に、所有者不明の原因が売買であることはまれであること、第二に私法上の義務が存在す

³² <http://www.aec.go.jp/jicst/NC/about/hakusho/wp1959/sb1202.htm>、法制局及び法務省からこの点について指摘があったことなど、拙著『原子力損害賠償制度の成立と展開』(日本評論社、2015年)142、154頁、また、拙稿「原子力損害賠償制度の歴史と見直しの論点——事業者無限責任制度は、「いかにして」成立したか? 見直すべきか?」環境と公害46巻4号(2017年)22頁。

³³ 2016年1月20日議事録39頁清水潔元文部科学事務次官発言(<http://www.aec.go.jp/jicst/NC/senmon/songai/siry06/gijiroku.pdf>)。

³⁴ 大塚直「原子力損害賠償法の改正とその課題：責任の範囲及び責任主体の関係を中心として」論究ジュリスト29号(2019年)95頁。なお、同様の問題の指摘として、ゲルト・ブリュッゲマイヤー著・瀬川信久＝藤原正則＝林誠司＝山本周平訳「民事不法行為法の基本構造(1)——英米法を考慮に入れたドイツ・フランス・日本の分析——」早稲田法学95巻1号(2019年)400頁の付記(瀬川信久・大塚直)。

ることである。第一の点に関し、国土交通省「平成 28 年度地籍調査における土地所有者等に関する調査」(<https://www.mlit.go.jp/common/001201304.pdf>)で登記簿のみでは所在不明とされた 125,059 件のうち、相続の未登記が 83,371 件(66.7%)、住所変更の未登記が 40,496 件(32.4%)を占め、所有権移転の未登記(売買・交換等)は 1,192 件(1.0%)に過ぎないとしている。第二の点に関し、改正前民法でも、財産権移転義務(改正前・改正後 555 条)の一環として、売主は登記等の対抗要件を備えさせる義務を負うと解するのが判例・通説であり³⁵、更に、改正民法 560 条は、「売主は、買主に対し、登記、登録その他の売買の目的である権利の移転についての対抗要件を備えさせる義務を負う」と明文で規定した。逆に言えば、相続登記未了は、所有者不明土地出現の最重要の原因であり、私法上これに有効に対処する仕組みが存在しないから、公法上義務新設が必要になる。

おわりに

内閣法制局の財産権尊重姿勢を評価する筆者に対して、現在の土地所有権規制は謙抑的に過ぎ、財産権保護に偏っているとの批判がありうる。

これについては、第一に、財産権一般と土地所有権とは異なりうる(土地所有権の特殊性)のであり、その点でも、土地基本法の見直しが重要な意義を持つこと、第二に、内閣法制局の審査のあり方も今後「半歩」の変化を期待しうることを指摘したい。土地基本法見直し³⁶は、土地所有者

の管理の責務を具体的な法的義務とする立法、とりわけ、将来の土地所有者に対する外部不経済を防止・抑制する立法が行われる準備となるものである。

[追記：本研究には、科研費基盤研究(C)19K01267(研究代表者)及び科研費基盤研究(A)19H00573(研究分担者、研究代表者は吉田克己)を得た。]

³⁵ 中田裕康『契約法』(岩波書店、2017年)289頁。

³⁶ 2020年2月4日閣議決定の土地基本法改正法案は、第6条(新設条文)として、「(土地所有者等の責務)第6条 土地所有者等は、第二条から前条までに定める土地についての基本理念(以下「土地についての基本理念」という。)にのっとり、土地の利用及び管理並びに取引を行う責務を有する。2 土地の所有者は、前項の責務を遂行するに当たっては、その所有する土地に関する登記手続その他の権利関係の明確化のための措置及び当該土地の所有権の境界の明確化のための措置を適切に講ずるよう努めなければならない。3 土地所有者等は、国又は地方公共団体が実施する土地に関する施策に協力しなければならない。」と規定する(「土地基本法等

の一部を改正する法律案新旧対照条文」<https://www.mlit.go.jp/report/press/content/001327350.pdf>)。