

序論：人口減少社会における土地の管理不全防止を目指す制度構築への基本的視点

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

1 土地の管理不全問題とその諸側面

(1) 本特集と本稿の趣旨

本特集は、一般財団法人・土地総合研究所の下で2016年5月から開催されてきた「人口減少下における土地の所有と管理に係る今後の制度のあり方に関する研究会」の研究成果を取りまとめるものである。この研究会における議論を踏まえた同研究会メンバーの論稿によって構成される。「土地の管理不全防止を目指す制度構築」の構想を示すことが同研究会の課題であり、本特集の各論稿は、この制度構築に関する提言を含む。しかし、それは、研究会としての公式の提言ではなく、研究会における議論を反映するものではあるが、最終的には同研究会メンバーの責任において取りまとめられたものである。

本稿は、この特集の序論として、本特集所収の諸論稿を3つの問題領域に大きく分類し、その提言の概要をまとめるものである。その際に、場合によって、各論稿の提言内容に対して、私なりの観点から一定のコメントを加えることにしたい。それに先だて、以下ではまず、土地の管理不全問題の性格を2つの側面から整理しておく。

(2) 管理不全問題の2つの側面

(i) 物理的管理不全問題と法的管理不全問題

本特集は、上記のように、土地の管理不全防止を目指す制度を構築するための提言を行うことを

課題とするが、防止の対象となる土地の管理不全には、物理的管理不全と法的管理不全との2つの側面がある⁽¹⁾。この点をまず簡単に整理しておく。

(a) 物理的管理不全

土地や建物⁽²⁾の利用が放棄され、管理が物理的な意味で不全状態に陥っている場合がある。これが土地の物理的管理不全である。都市部や農山村の集落における空き家問題・空き地問題がその典型である。これらの問題は、居住の利用に関する物理的管理不全問題である。しかし、それだけではなく、林業的土地利用における管理放棄や農業的土地利用に関する耕作放棄などの問題もある。これらは、土地の過少利用が問題化するものにほかならない。戦後の高度経済成長期には、とりわけ都市部とその周辺部においては、土地の過剰利用が問題になり、その制御が法的な課題となった。現在では、その反対に、土地の過少利用問題が深刻な政策的課題となっているのである⁽³⁾。

⁽¹⁾ この2つの側面による整理は、吉原祥子『人口減少時代の土地問題』（中央公論新社、2017年）から示唆を得たものである。たとえば22-23頁を参照。

⁽²⁾ 以下では、単に「土地」の言葉によって両者を代表させることにする。

⁽³⁾ 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。また、この現象を「土地所有権の空洞化」と呼ぶ研究も現れている。飯國芳明・程明修・金泰坤・松本充郎編『土地所有権の空洞化』（ナカニシヤ出版、2018年）。

時間軸を取ってみると、最初に出てきたのは、中山間地域における林地・農地の管理放棄である⁽⁴⁾。次いで、過疎地の空き家問題が登場し、さらに都市部においても空き家問題が深刻化するに至る⁽⁵⁾。土地の過少利用と管理不全問題は、おおむねこの段階に至って社会的な関心を集めるようになってきたが、問題自体は、以前から存在することに注意しておきたい。

物理的管理不全問題への対応策としては、これらの林地・農地・宅地建物の直接的な利活用の促進が課題になる。そして、たとえば空き家についての空き家バンク制度など、そのための施策も展開している。しかし、そもそもそのような利活用を期待することができない土地も多く存在することに注意を要する。物理的管理不全問題を提起している土地には、むしろそのような土地のほうが通常の事態であるといえるかもしれない。そこでは、当該土地の直接的な利活用促進とは別の政策課題の設定も問題になる。たとえば、山林については、公益的機能（国土保全、水源涵養、国民の健康保護、気候変動抑制など）の発揮などである⁽⁶⁾。あるいは、「利活用」という語を、このような機能も含めて広い意味で理解するということかもしれない。

(b) 法的管理不全問題

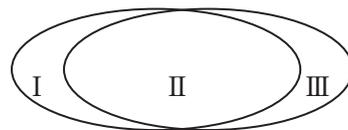
法的管理不全とは、ある土地の権利関係が不明確になっている状態を指す。端的に言えば、所有者不明土地問題である。相続を介して所有者が多

数になっている場合、すなわち相続財産共有が成立している場合が多い。そのうちの一部または全部の権利者の所在が不明になっているのが、所有者不明土地問題の通常形である。また、所有者不明になる前段階として、相続登記がなされずに放置されているという状態（相続未登記問題）も法的管理不全に位置づけることができる。

このようにして、法的管理不全への対応としては、一般的には、まずもって、所有者の探索をなすべきことになる。しかし、それが難しい場合には、知っている共有者への権利関係の集約、あるいは別の主体への所有権の帰属などが問題になる。また、そのような不明状態が発生することを予防するという観点から、相続登記の促進も課題となる。これらの措置においては、場合によっては、不明とされている所有者からの権利の剥奪が問題となる。そこで、それを憲法上の財産権保障の観点からどのように評価するのかが問われる。また、土地所有権の政策的方向づけの正当性をどのようなところに求めるかも問われることになる。さらに、場合によっては、土地所有者への一定の義務の賦課が問題となるので、土地所有権に対する公共的制約がどのような根拠でどの程度可能かなどを明らかにすることも必要となる。端的に言えば、法的管理不全問題への対処に当たっては、土地所有権論の深化が求められるのである。

(ii) 両者の関係

管理不全問題の以上の2つの側面は、択一的にあれかこれかの関係で捉えられるべき性格のものではない。それは、土地の管理不全問題を異なる視角から捉えるものなので、両者には重複する部分（下図のⅡ）が存在し、かつ、重複する部分はかなり大きい。



法的管理不全 物理的管理不全

たとえば、法的管理不全の典型である所有者不

⁽⁴⁾ 高知県を対象にしたその具体的な分析として、飯國芳明・山本幸生「中山間地域で先行する土地所有権空洞化の実態」飯國芳明ほか編・前掲注(3)25頁以下。より一般的な山林の管理不全の実態については、松本充郎「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——私有地の所有・利用・管理に関する考察」同上書41頁以下を参照。農地の耕作放棄と管理放棄問題については、緒方賢一「土地所有権の空洞化現象としての耕作放棄」同上書82頁以下を参照。

⁽⁵⁾ きわめて多くの文献が存在する。さしあたり、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」月刊司法書士534号(2016年)36頁以下に挙げられている文献を参照。

⁽⁶⁾ この点については、松本・前掲注(4)41-42頁などを参照。

明土地問題は、多くの場合には、物理的管理不全の性格も有する。つまり、上図のⅡに位置づけられる。しかも、所有者不明土地については、物理的管理不全の程度がはなはだしいケースが多いといえるであろう。

もともと、遺産共有者の1人による管理が確保されているが、相続登記もなされず、他の遺産共有者が不明である場合のように、法的管理不全状態ではあるが、物理的管理不全状態ではないケースもありうる(上図のⅠ)。反対に、所有者は知れているが、物理的管理が放棄されているケースもありうる(上図のⅢ)。

本特集に収録された諸論稿は、基本的には法的管理不全問題の側面から課題に接近するものである。しかし、その背後には、物理的管理不全問題が存在することにも留意しておきたい。

(3) 本特集の構成

本特集においては、土地の管理不全防止を目指す制度を、大きく3つの問題群に分けて検討することにした。課題をもれなく網羅的に取り上げることができているわけではないが、重要な課題のかなりの部分は取り上げることができていると考えている⁽⁷⁾。

第1は、不明所有者の有する所有権や共有持分を公的主体や知っている共有者に移転・集約するための制度である(→2)。ここでは、所有権放棄の可能性や共有持分の取得時効が検討対象になる。

第2は、所有者不明土地問題防止に重要な意味を持つ相続登記を促進するための制度的整備である(→3)。ここでは、相続登記の義務化や相続登記を行うための専門家の援助態勢をどのように構築するかが問題になる。本特集では、フランスおよびドイツの比較法的考察を踏まえてこの課題に接近する。

第3は、不在者財産管理制度や相続財産管理制度の再定位と弾力化である(→4)。不在者財産管理制度については、人中心の現行制度の制度設計の再定義が問題となり、相続財産管理制度においては、相続財産の管理不全をどのように防止するかが課題となる。

以下では、この3つの問題群ごとに、本特集の諸論稿における提言をまとめていこう。

2 不明所有者の所有権の移転・集約

(1) 問題の枠組み

土地の管理不全防止を目指す制度の最初のものとして取り上げるのは、不明所有者の土地所有権の移転・集約である。ある土地の所有者またはすべての共有者の所在が知れずに物理的管理不全状態に陥っている場合には、その土地の所有権を利活用が可能な主体に移転することが管理不全問題の対策となる。そのための方策として考えられるのは、土地所有権放棄意思の認定である。そして、この問題に接近するためには、まずもって、土地所有権の放棄が可能かという論点を検討する必要がある。この論点は、放棄意思の認定という論点の前提問題となるが、それだけではなく、無主の不動産は国庫に帰属するという原則(民239条2項)の下で、土地所有者が所有権の放棄によって負担を国庫に押しつけることを認めるかという、相対的に独自の別個の問題でもある。

共有土地(通常は遺産共有の対象である)について共有者の1人(Xとする)が占有・管理を行っている場合には、他の共有者(A、B……とする)の共有持分がXに帰属すると、権利関係の集約がなされ、当該土地の有効利用にとって有益である。共有関係においては、意思決定をXだけで行うことが難しいからである。このための法的手段としては、取得時効が考えられるほか、所有権の場合と同様に、共有持分の放棄意思の認定も問題となる。そして、その前提として、そもそも共有持分を自由に放棄しうるかも、検討を要する論点となる。

⁽⁷⁾ 本特集で取り上げることができていない論点も含めた問題の俯瞰的検討として、吉田克己「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(2018年)42-79頁がある。また、この論文を補完する文献として、同「所有者不明土地問題と土地所有権論」法時90巻9号(2018年)68-77頁参照。

(2) 土地所有権の放棄と公的主体による管理不全土地の受入れ

(i) 土地所有権放棄の可能性

土地所有権放棄が法的に可能かという論点は、土地所有権放棄意思の認定という論点を検討する前提となる。この論点は、所有者不明土地問題への対処策を検討する近時の議論における重要論点の1つである。本特集の吉田論文「土地所有権放棄・相続放棄と公的主体による土地の受入れ」は、これまでの吉田自身によるこの論点に関する検討^⑧をまとめるものである。結論的には、放棄が認められる場合の帰属先である国庫の同意を得た場合には放棄が認められるということであるが、そのような結論に至る推論のプロセスをまとめると、ほぼ次のようである。

①権利一般について、その放棄が認められる。その根拠は、問題となる権利を通じて客体がその主体に帰属していることである。

②しかし、他者の利益を害する形での権利放棄は認められない。それは、法の一般原則に属する考え方であるが、それ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。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土地所有権放棄に同意を与えて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。放棄が効力を生じることによって、当該不動産は国庫に帰属する。本特集の吉田論文は、このような認識に基づいて、次のような民法改正案を提案している。

①第2節「所有権の取得」を第2節「所有権の取得及び放棄」と改める。

②次の内容の第248条の2を新設する。

第248条の2「不動産の所有者は、国の同意を得て、その所有権を放棄することができる。」

⑤国は、環境・防災・国土保全等の国土政策の観点から、一定の土地については、積極的に上記の同意を与える政策を採用すべきである。また、一定の場合には、私的所有者の過剰負担を避けるという社会政策的観点から同意が要請されることもありうるであろう。そのような判断を行うためには、計画制度との緩やかなリンクとともに、明確な基準というよりは、スタンダードと性格づけられるような一定の抽象的規準を立てておいて、その規準に即して個別的ケースごとに判断していくような方向が、現実的である。

(ii) 土地所有権放棄意思の認定：みなし放棄制度

以上のような土地所有権放棄論を踏まえて、管理放棄状態にある所有者不明土地について、所有権放棄意思を認定して国（またはそれに代わる公的主体）がその土地を取得し、利活用を図るという方策が考えられる。現実には、所有者不明土地問題の政策的検討においても、このようなみなし放

^⑧ その主要なものは、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（2017年）98頁以下、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（2017年）3頁以下である。

棄制度の検討が論点として提示されている⁹⁾。吉田論文によるこの論点に関する検討の結果は、ほぼ次のようである。

①所有権放棄は、黙示の意思表示によっても行うことができる。しかし、利用しないで放置することも所有権の権能に含まれると一般的に考えられている以上、単なる管理放棄で所有権放棄の黙示の意思表示があると認定することは難しい。

②土地所有者に対して一定の行為義務を課し、土地所有者がその義務を履行していない場合に、そこに、単なる管理放棄ではなく、より積極的な所有権放棄の意思を規範的に読み込んでいくという方向も考えられる。しかし、この方向を志向する場合には、憲法上の財産権保障（29条1項、3項）との緊張関係の存在に留意する必要がある。ここで問題になっているのは、所有権放棄の意思の認定が可能にならないような場合に、この意思の存在を「みなす」ことであり、それは、実質的には、所有権の剥奪に他ならないからである。みなし放棄制度の制度化に当たっては、慎重な配慮が求められる。

③みなし放棄制度は、見方によっては、収用手続きのカットによる所有権取得である。この正当化が可能になるのは、財産的価値と比較して明確に負担のほうが大きいような「客観的負財」についてだけではないか。そうであるとすると、みなし放棄制度には、その適用が要請される所有者不明土地には一定の利用価値と財産的価値が備わっていることが通常であるのでみなし放棄制度の適用が正当化されず、みなし放棄制度の正当化が可

能な客観的負財についてはその適用が要請されないという解決困難なジレンマがあることになる。みなし放棄制度は、基本的には、その正当化が可能な客観的負財に限定してその適用を考えるほかないであろう。

④そのように考えても、一定の財産的価値が認められる所有者不明土地の公的取得が不可能になるわけではない。必要があれば収用制度を用いることができるし、実際に所有権放棄意思を認定することができる場合には（この場合には、憲法29条1項、3項との緊張関係は生じない）、それを通じた土地取得が可能だからである。

（iii）所有権放棄土地等の帰属先

現行法上は、所有権を放棄された土地あるいは放棄意思の認定が可能であった土地の帰属先は、国庫である（民239条2項）。しかし、その後の財産管理やその利活用の可能性を考慮に入れる場合には、帰属先を国庫に限定するのではなく、それ以外の帰属先を考えることも検討に値する。吉田論文は、フランスの経験に示唆を受けつつ、市町村を帰属先にする可能性を提示する。同論文はまた、ランドバンクなどの公的機関を帰属先にする可能性も示唆する。さらに、国や地方公共団体を帰属先にした上で、その後当該土地の管理に適格性を認められる機関に所有権を移転したり、管理を委託したりするなどの形も考えられる。また、帰属先とされた国や地方公共団体が、放棄への同意を留保しつつ、そのような機関への寄付を要請するという方向もありうる。このように、多様な方策を柔軟に構想していくことが望ましいというのが、吉田論文の提言である。

⁹⁾ 法務省の主導の下で設置された「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」（以下、「登記制度研究会」と略称する）『中間取りまとめ』（2018年6月1日）6-7頁。なお、登記制度研究会の資料や議事要旨は、同研究会のHP（<http://www.kinzai.or.jp/specialty/registration.html>）において閲覧することができる。以下では、同研究会の資料等を引用するに当たって、このURLを改めて引くことを省略する。また、自由民主党政務調査会『「所有者不明土地等に関する特命委員会とりまとめ」～所有から利用重視へ理念の転換「土地は利用するためにある」～』（2018年5月24日）<https://www.jimin.jp/news/policy/137416.html>

（3）共有土地における権利関係の集約

（i）取得時効制度の活用

（a）問題状況

共有者の1人が占有・管理しており、他の共有者の所在が不明になっている場合には、取得時効を活用して権利関係を集約することが考えられる。実際に、所有者不明土地問題の政策的検討の中で、閣僚からそのような方向が提示されたことがある

(10)。また、日本不動産学会ほか3学会による提言(2018年4月25日)においても、「私法に関する制度改革の提案」の最初に「共有関係の解消・所有者不明土地の取得に係る解釈・運用の変更」が挙げられ、その最初に提示されたのは、「共同相続人の1人の他主占有から自主占有への転換を容易に認める運用」、すなわち取得時効法理の活用であった⁽¹¹⁾。

本特集の高橋論文「取得時効の活用可能性——共同相続不動産の取得時効における『所有の意思』を中心として」は、このような問題状況を前提としつつ、自主占有を認めるための不可欠の要件である「所有の意思」に関して、これまでの判例学説を丁寧にフォローする。そして、そのような検

(10) 「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」(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。この会議の議事録は、<http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/minutes/2017/0425/gijiyoushi.pdf> において閲覧することができる。引用の発言は10頁にある。)

(11) 日本不動産学会・都市住宅学会・資産評価政策学会「所有者不明土地問題の発生原因とその解決のための法政策(第一次提言)——所有者不明土地の解消に向けた抜本的な法整備を」(2018年4月25日)。より具体的には、「共同相続人の1人が不動産を占有していても、他主占有であるため、いつまでも時効取得することができず、相続のたびに、不動産の共有者が増えることになる。この点については、共同相続人の1人が不動産を占有、利用し、他の共同相続人がこれに対し無関心である場合、占有する共同相続人に自主占有を認めれば、当該共同相続人は当該不動産を時効取得することができ、共有者の増加を防ぐことができる」という問題意識の下で、民法185条の解釈に関して、「共同相続人の1人が、相続開始とともに相続財産を現実占有し、管理、使用を専ら行い、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おり、これについて他の相続人が何ら関心を持たず、異議も述べない場合、当該共同相続人は、民法185条の『所有の意思の表示』をしているものと解釈し、自主占有をしているものとし、当該共同相続人による占有による時効取得を可能とする」という提言がなされている。3頁参照。<http://www.uhs.gr.jp/annai/180425teigen.pdf>

討に立脚して、「所有の意思」を緩和する方向で考えれば、どのように考えられるかを考察し、解釈上の提言を行っている。

(b) 類型化と自主占有の認定

(ア) 問題の所在

まず、問題の出発点を確認しておく、相続人の1人である事実上の管理者は、遺産共有者として、遺産共有に属する不動産の全部を使用することを法的に認められる(民249条)。しかし、その場合の占有は、他の相続人の共有持分を時効取得することを可能にする自主占有ではない。他の共有者の共有持分に対応する占有は、他主占有である。そこで、この他主占有から自主占有への転換が認められるか問題になる。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主占有を取得することが可能かも問題となる。

(イ) 類型化

高橋論文は、裁判例を検討して、この論点が提示される事案から、次の3つの類型を析出する。

①A類型：被相続人甲が所有者として当該不動産を単独で自主占有していたところ、その後相続があり、X、A、B……が共同相続人になったが、その1人Xが単独で相続したものとして占有を継続する場合。

②B類型：祖父甲1が所有者として当該不動産を単独で自主占有していた。相続が開始し、甲2、A、B……が共同相続人となり、甲2は他の相続人の存在を知っていたが、単独で占有を開始した。甲2を相続したXは、甲2を単独所有者と信じて占有を継続したという場合。

③C類型：被相続人甲が所有者として当該不動産を単独で自主占有しており、X、A、B……が共同相続した。Xは、共同相続であることを知っていたが、占有の途中で、所有の意思をもってする占有(自主占有)に転換したと主張したという場合。

(ウ) 類型ごとの自主占有成立の可能性

以上の類型は、共同相続人A、B……が行方不明になっていることを必ずしも前提としない。しかし、ここでの問題状況に即して、共同相続人の

全部または一部が行方不明になっている場合を想定して、高橋論文の検討の結果をまとめると、次のようになろう。

①A類型およびB類型

まず、判例は、A類型およびB類型において、単独相続への誤信（信頼）がある場合に、Xの占有が自主占有たりうることを認めている。また、この信頼には、合理的な理由があることが必要とされている。A類型とB類型は、信頼の内容によって区別される。すなわち、A類型における信頼の内容は、Xが自分のほかには相続人がいないと信じることであり、B類型における信頼の内容は、甲2が当該相続財産に関する唯一の所有者である（甲1から甲2への相続に際して甲2以外には相続人がいない）と信じることである。いずれにおいても、占有者の所持の態様が判断の中心に置かれる。

信頼について合理的理由が求められる以上、A類型においては、自主占有が成立する場合は、かなり限定されたものとなる。自分のほかには相続人がいないと信じることについて合理的理由がある場合は、それほど想定されないからである。これに対して、高橋論文によれば、B類型については、親（甲2）以外の共同相続人（A、B……）が行方不明のために誤信が生じた場合についても、自主占有の成立を認める可能性がある。つまり、Xが親からA、B……は行方不明でもう会うこともないとか、数十年会っておらず今は生きているかどうか分からないなどと聞かされている場合には、「子（X）がそのような行方不明者（A、B……）の存在自体を知らなかったために、父（甲2）を単独所有者と誤信して相続」する可能性があり（以上、カッコ内の符号は引用者による）⁽¹²⁾、

⁽¹²⁾ 以上、高橋論文 49 頁。なお、Xは、A、B……という父（甲2）の共同相続人の存在自体は知っていたわけであるから、以上の説明については多少の補正が必要なものにも思われる。共同相続人（A、B……）の存在は知っているが、それらの共同相続人は、甲1の相続について相続放棄等によって権利を喪失していたと信じていた、あるいはそうでない場合でも、甲1の相続において権利を主張する意思はなくなっていると信じてい

その場合には、占有開始当初から自主占有を取得したと解する可能性があるというのである。

②C類型

次にC類型であるが、この類型では、民法 185 条による占有の性質の変更（他主占有から自主占有への転換）が問題になる。これには、新権原による転換と所有の意思表示による転換との2つの可能性があるが、実際に問題になるのは、後者の所有の意思表示である。この判断に当たって、判例は、行方不明・連絡途絶の状況が続き、かつ、返還請求の意思がないなどの事実がある場合には、それに基づいて、「占有者をして所有の意思を抱かせてやむを得ない客観的情勢を自ら作出した」と評価して、自主占有への転換を認めている。A類型およびB類型のように占有者の所持の態様に重点を置くのではなく、所有者の状況に重点を置いて判断がなされるわけである。

なお、所有の意思表示による占有の転換を導く場合には、この意思表示をどこに求めるかが問題となる。一般論としては、判例は、所有の意思が明示されることは必ずしも必要ではなく、相手方に認識されていればよいとしている。それを前提として、上記の行方不明者ケースにおいては、高橋論文は、占有者（X）の所有者であるとの認識を所有者（A、B……）自らが醸成せしめたのである以上、所有者はそのような状況を知らないしは了知可能であり、所有の意思は実質的には表示されていると解するとの方向を提示している。

(エ) 小括

このように、高橋論文は、共有者不明の場合について、自主占有への転換の可能性を認めるという点で先に紹介した3学会共同提言と基本的志向性を共通にしつつ、判例に即した現実的な基準を提示するものと評価することができる。このようにして、共有者不明土地についての権利関係の集約が期待される。

たが故に、自主占有の可能性を認めるということであろう。この記述の後の「小括」部分における記述（高橋論文 51 頁）では、そのような認識が示されている。

(c) その他

以上が高橋論文の基本的提言である。それ以外にも、高橋論文には、注目すべき指摘がある。2点だけ取り上げておく。

(ア) 取得時効完成と所有権移転登記

共有者不明共有地について現実の占有者（X）による取得時効の成立を認めても、登記をXに集約するには、判決を得る必要がある。不明共有者（A、B……）の同意を得ることが事実上できないからである。それは手続的に重いので、何か対策はないか。共有者不明共有地についての取得時効については、一般にこのような問題も指摘されている。

この点について、高橋論文は、次の理由から、現行制度には問題があるので対策を講じるというのではなく、むしろ現行制度は手続的に重くない、また手続的に重いように見えるとしてもそれには一定の合理性があると評価する。①被告は、通常は口頭弁論期日に出頭しないであろうから、手続きは、通常の場合よりもスムーズに進行するはずである。②公示送達による呼び出しの場合には、自白が擬制されない（民訴159条3項ただし書）ので、原告は、取得時効成立に必要な要件事実を立証する必要がある。しかし、それは、原告の主張の客観的合理性を裁判所に判断してもらうという観点から、むしろ必要な手続きである。

(イ) 取得時効制度活用の限界

他方、高橋論文は、取得時効制度活用という方策の限界も指摘する。その活用のためには、共同相続財産について共同相続人のうちの1人が占有・管理を行っていることが前提になるからである。放置され、管理・保全行為がまったく行われていない相続不動産については、そもそも取得時効制度を活用することはできないのである。

このようにして、全面的な管理不全土地については、たとえば所有権放棄意思の認定など、他の法理を考えるべきことになる。吉田論文は、この論点も含んだ土地所有権放棄の法的可能性を検討する。これを次に見る。

(ii) 共有持分の放棄と放棄意思の認定

土地所有権に関して(2)(i)および(ii)において検討したのと同質の問題が、共有持分についても存在する。すなわち、持分放棄の無条件での自由を認めてよいかという論点と、放棄意思の認定という論点である。ただし、共有持分の場合には、放棄が行われる場合の帰属先は、他の共有者になるという大きな差異もある。

(a) 共有持分の放棄

本特集の吉田論文は、不動産所有権の放棄を条件付きで認めるという規定を民法に新設するという案を採用することを前提に、共有持分の放棄についても、同様の考え方で民法改正を行うべきであるとして、次のような改正案を提示している。

共有に関する第255条を次のように改める。
第255条「共有者の一人が、他の共有者の同意を得てその持分を放棄したとき、又は死亡して相続人がいないときは、その持分は、他の共有者に帰属する。」

このようにして、負担の押しつけを排除しようとするわけである。

(b) 共有持分放棄意思の認定

他方で、所在不明者の共有持分放棄意思を認定することができれば、現実の占有者＝管理者への権利関係の集約化が実現され、土地の利活用の合理化が期待される。この場合には、現実の管理者である共有者の同意が存在することに問題はない。このような観点から、共有持分放棄意思を積極的に認定する方向を志向する政策提言もなされている⁽¹³⁾。

吉田論文の評価によれば、共有関係にかかわる場合には、所有権の場合よりも、放棄意思を認定しうる可能性が大きい。すなわち、共有関係が存在し、共有者の1人によるその継続的な占有・使用が行われているにもかかわらず他の共有者による何の権利主張も公租公課等の義務負担もない場合には、所有地の放置よりも、権利放棄の意思が

⁽¹³⁾ 日本不動産学会・都市住宅学会・資産評価政策学会・前掲注(11)3-4頁。

強く推認されると考えられるのである。たしかに、共有関係が存在する場合に、人的関係を考慮して権利主張を控えるということは、一般的にはありうる事態である。しかし、ここで問題となっているのは、占有者との関係で所在不明とされている者の権利主張である。そのような者の権利不行使は、やはり権利放棄の意思を推認させると評価してよいというのが、吉田論文の評価である。

そのような事情を踏まえて、所在不明共有者の権利主張のための手続きを保障するなどして、共有者の1人に権利を集約する手続きを設計するというのが、吉田論文の提言である。なお、この手続きは、みなし放棄制度ではなく、あくまで持分放棄意思の認定のための手続きであることも指摘されている。

3 相続登記促進に関する制度的整備

(1) 問題状況

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。政府の『骨太方針2017』⁽¹⁴⁾も、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。法務省の「登記制度研究会」も、この点に関して「相続登記等の義務化の是非」「登記官が職権で相続登記等を行うことの是非」を検討課題として取り上げている⁽¹⁵⁾。

このような状況を受けて、本特集においては、小柳論文「相続登記進捗策——相続登記義務と資格者・専門家関与強化」がフランス法との比較法的検討を踏まえて、小西論文「相続登記の促進のためのインフラストラクチャー整備——ドイツ法を参考として」がドイツ法との比較法的検討を踏まえて、相続登記促進の方策に関する検討を行っ

ている⁽¹⁶⁾。

(2) 相続登記の義務化

(i) 比較法

(a) フランス法

小柳論文によれば、フランス法においては、相続人に登記義務が課されている。この法制の元になったのは、1935年の法律統令(デクレ=ロウ)である。フランスでは、登記は法律行為に関する公署証書を公示するものであるから、法律行為ではなく死亡という事実によって権利承継の効力が生じる相続については、もともと公示の対象に欠けていた。しかし、それでは、第三者に対して死亡による所有権移転の情報を伝えることができない。そこで、法律事実を公証人が確認する「公証人確認書」の制度を設けて、これを公示の対象としたのである。公証人は、この確認書の公示を義務づけられる。このように、フランス法においては、小柳論文によれば、不動産取引の安全・円滑化との関連で、登記義務が相続人等に課されるのである⁽¹⁷⁾。

⁽¹⁶⁾ なお、所有者不明土地問題を踏まえたフランスとドイツの不動産登記制度の比較法的検討に関する近時の文献として、福田充孝「土地の所有者把握のために——フランス、ドイツの不動産登記制度を参考に」国土交通政策研究所報64号(2017年)が参考になる。参考文献の挙示も豊富である。

⁽¹⁷⁾ この「登記義務が相続人等に課される」という説明について、若干の補足を行っておきたい。まず、「相続人等」の「等」は、公証人を指すものと考えられる。公証人は、当事者の請求によって作成した「公証人確認書」を、当事者の請求から4ヶ月内に公示する義務を負う(1955年1月4日のデクレ28条3号、32条2項参照)。かつては、この違反については民事罰金が科された(1998年に廃止された。Jacques Lafond, *Guide de la publicité foncière* 2016, LexisNexis, 2016, p. 194)。その意味で、日本で問題になるような相続登記の「義務づけ」であった。これに対して、相続人との関係では、この公示は、第三者に対する情報提供の意味しか持たず、対抗力とは関係がない。相続による承継は、公示がなくても第三者に対抗することができるからである。しかし、公示の欠如によって第三者が相続関係に関する知識を得ることができず損害を被る場合には、公示をしなかった相続人は、第三者に対する損害賠償義務を負うことがある。公示は義務的だからである。以上について、Voir, Christian Jubault, *Droit civil, les successions, les*

⁽¹⁴⁾ http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2017/2017_basicpolicies_ja.pdf

⁽¹⁵⁾ 前掲注(9)『中間取りまとめ』2頁。

(b) ドイツ法

小西論文によれば、ドイツ法においても、相続登記は相続人に義務づけられている。ドイツにおいては、法律行為による物権変動に関しては、権利移転の効力が生じるためには、当事者の物権的合意に加えて登記が必要である。しかし、相続は、法律行為によらない権利変動であるから、登記を効力要件とすることができない。そこで、登記簿と実体関係との間に齟齬が生じることになる。これを一致させるために、相続人には訂正登記請求権が付与される。しかし、現実には、相続人がこの申請手続きを行わない事例が多く見られ、公法上の障害をもたらされた。そこで、登記簿申請に関する公の利益の観点から（たとえば土地税の徴収、土地台帳の継続）、訂正登記の強制および職権による訂正登記が認められるに至ったのである。

(ii) 制度改正への提言

(a) 相続登記の義務化

このような比較法上の知見を踏まえつつ、小柳論文および小西論文は、いずれも相続登記の義務化を提言する。

小柳論文は、次のように説く。権利に関する登記は当事者の申請に委ねるのが原則であるが、実際には、相続登記がなされない場合が相当数生じている。その結果、相続人自身が不動産を処分するのも困難になり、第三者が所有権のあり方を知ることにも困難になる。このようにして、不動産取引の安全と円滑が妨げられている。そこで、本来の原則を修正して、不動産取引の安全と円滑を実質的に確保するために、相続人等に法定相続について登記をなすべき義務を課する。

小西論文もまた、所有者を特定する機能および国土管理といった公法上の機能を考慮して相続登記を義務づけ、それに応じない者については過料を科すことを提言している。過料については、場

合に応じて高額の過料を科し、また応じない者については応じるまで段階的に金額を増額して何度でも過料を科す制度が提言されている。この提言の基礎には、所有者の特定は、物権的請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権の相手方特定のために必要であるだけでなく、課税対象者を明らかにするという要請や国土管理の要請からも重要であるところ、現行法の下では、相続登記は、それを備えなくとも第三者に権利を対抗できないという不利益を受けることがないので、相続登記への動機づけがまったく存在しないという認識がある。

(b) 相続登記等義務化の正当化

小西論文は、この正当化について「理論的な説明は不十分」であると述べており、義務化の正当性は、理論的次元というよりも、政策的必要性の次元に求められているように思われる。

これに対して、小柳論文は、「私的利益の実現」というベクトルを重視して相続登記義務化の正当化を試みとしている。これは、フランス法の下で、情報提供を通じた不動産取引の安全と円滑の確保が相続登記等義務化の根拠とされていることに示唆を受けたものと考えられる。なお、私は、別稿において、相続登記等の義務化を認めるためには、相続登記に何らかの公共的意義を求めるほかないという認識を表明している⁽¹⁸⁾。小柳論文による上記の正当化は、そのような正当化を意識しつつ、それとは異なる論理を提示しようとするものである。しかし、権利関係に関する情報提供を通じた不動産取引の安全と円滑の確保は、私の理解ではまさに登記の公共的機能にほかならない⁽¹⁹⁾。小柳論文の観点は、私の観点と異なるものではないように思われる。ただ、そのような登記を権利登記の中で位置づけるか、表示登記の中で位置づけるかでは、小柳論文と私の理解とが異なってくる。他方で、小柳論文は、不動産登記法の目的規定（1条）に「不動産の情報基盤」という文

Libéralités, 2e éd., Montchrestien, 2010, nos. 152-155, pp. 126-127. ここでの義務は、損害賠償義務の前提となる義務である。このように、同じく義務的といっても、公証人の公示義務と相続人のそれとは、性質が異なることに注意を要する。

⁽¹⁸⁾ 吉田・前掲注(7)「民法学の課題」71-72頁。また、その後、検討の深化を試みたものとして、吉田・前掲注(7)「土地所有権論」75-77頁も参照。

⁽¹⁹⁾ 吉田・前掲注(7)「土地所有権論」76頁参照。

言を加えることを提言する。これによって、情報提供を通じて不動産登記が公共的機能を果たすことが明確になる。十分な検討に値する提言であろう。

(3) 相続登記と専門家の関与

相続登記の促進を本当に促進しようとする場合には、相続という複雑な法律問題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。西欧の相続システムと比較すると、この整備が大幅に立ち後れていることが、日本の相続システムの最大の弱点である。この点の認識は、現在ではかなり一般的になっているといつてよいであろう⁽²⁰⁾。

相続全体に関するインフラストラクチャーの整備までは行かなくとも、相続登記に関する専門家関与の態勢の整備も重要な課題である。小柳論文および小西論文は、この次元での提言を行っている。

小柳論文は、農地法および森林法の相続届出義務制度があまり実効的に機能していないことを指摘して、義務づけ規定だけでは不十分であるとする。そのような認識に立って提言されるのが、相続登記への専門家の関与の強化である。フランスにおいては、この領域において公証人の果たす役割が大きい。小柳論文が日本において期待するのは、公証人ではなく司法書士である。この認識は正当であろう。その方向での制度整備が望まれる。小柳論文は、不動産登記法が司法書士の任務を正面から認めることを提言している。この点の具体化が今後の課題になろう。

小西論文は、法定相続証明を発行し、また登記を担当する法務局に法律の専門家として司法書士を配置することを提言している。筆界特定制度において土地家屋調査士が機能しているように、相

続登記の領域において司法書士を活用しようという構想である。この点は、小柳構想と発想を共通にしている。

小西論文はまた、ドイツにおいて遺産裁判所が相続プロセスにおいて法律の専門機関としての役割を果たしていることに示唆を受けて、日本においても相続プロセスに法律専門家が関与するという方向を提言する。最初に触れた日本の相続システムの弱点を克服する方向であり、その志向性については、大きな異論はないであろう。問題はそれを具体的にどのように実現していくかである。この点についても、その具体化に関する今後の検討の深化が期待される。

4 財産管理制度の再定位と弾力化

(1) 問題状況

所有者不明土地が公共事業の対象になる場合に、まず活用を試みられたのは、不在者財産管理制度であった。とりわけ東日本大震災の復興事業実施を契機として、その活用の必要性が語られた。この制度の活用は、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。

もっとも、現行の制度がこのような観点から使いやすいものになっているかには、疑問を提示する余地がある。不在者財産管理制度は、何よりも不在者という「人」を中心とする制度であるため、「物」「財産」に着目した公共事業の用地取得のためには必ずしも使いやすいものではないのである。実際、東日本大震災の復興事業においては、管轄裁判所や財産目録の点で、制度の柔軟な対応が図られている⁽²¹⁾。登記制度研究会においても、「必要に応じて不在者等の財産の一部を管理する仕組みを創設すること」を検討することが、課題として指摘されている⁽²²⁾。

以上は、所有者不明土地の公的取得という観点からの対策であるが、このような土地の管理放棄への対応という観点からも、財産管理制度の活用

⁽²⁰⁾ その点を指摘した私の論稿としては、吉田・前掲注(7)「民法学の課題」72-73頁がある。また、吉田克己「(前注)相続総論」潮見佳男編『新注民法第19巻相続1』(有斐閣、近刊予定)においても、日本の相続システムの特徴として、その点を強調している。

⁽²¹⁾ この点については、吉田・前掲注(7)「民法学の課題」52-53頁参照。

⁽²²⁾ 前掲注(9)『中間取りまとめ』9頁。

が考えられる。この場合には、不在者財産管理制度だけでなく、相続財産管理制度のあり方も検討の対象に入ってくるであろう。相続財産管理制度の検討は、その後に続く相続人不存在の場合の遺産の国庫帰属（民 959 条）を考えるためにも必要である。

（2）不在者財産管理制度の再定位と弾力化

（i）「人」中心の財産管理制度に加えて「財産」に即した管理制度の承認へ

私は、別稿において、東日本大震災の復興事業における不在者財産管理制度の柔軟化を踏まえて、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を承認すべきことを提言した⁽²³⁾。なお、運用の次元では、現実にもこのような財産管理制度の機能拡大が行われている。しかし、現行法制の考え方の下でこれを正当化するのはそれほど簡単な問題ではない。そこで、別稿においては、立法的対応も射程に入れて問題を検討する必要性も指摘しておいた⁽²⁴⁾。

（ii）スポット運用等の提言

本特集の小柳論文「不在者財産管理制度見直しの方向」は、このような問題提起を踏まえつつ、2つの提言を行っている。

（a）スポット運用

1つは、不在者財産管理制度の「スポット運用」である。「スポット運用」は、会社解散時の清算手続きに関して大阪地裁等が行っている運用である。すなわち、会社の清算のためにはさまざまな手続きが必要で、予納金が多かったり、期間が長かったり、リスクが多かったりすることがあるが、まず不動産だけを任意売却するために清算人の選任をして、それが終了したらすぐ解任するという運用をするというわけである。このような「スポット運用」を不在者財産管理制度に持ち込もうというのが、小柳論文の提言である。小柳論文によれば、法務省の見解もこの運用を排除していないので、この方向は十分に可能であり、これによって、

不在者財産管理制度の「物」を中心とした運用に道を開くことができる。この方式であれば、立法的対応を経ることなく、実施は可能ということになろう。

（b）法テラスの活用

他の1つは、法テラスの活用である。小柳論文は、「所有者不明土地問題の解決のために、自己の権利を保全するための準備及び追行に必要な費用を支払う資力がない国民」については、法テラス等の公的支援により管理人の報酬等を支払うことができるという制度の創設を提案している。費用を公的組織が支援しうる理由としては、所有者不明土地問題が国に巨額の不利益を与えている以上、その事前または事後的な解決のために公費を支出することによって、結果として、多額の損失を回避することができるというところに求められている。

法テラスは、小柳論文に紹介されているように、総法律支援法（2004年6月2日公布）に基づいて、2006年に設立された法務省所管の公的な法人である日本法律支援センターの略称である。その目的は、「民事、刑事を問わず、あまねく全国において、法による紛争の解決に必要な情報やサービスの提供が受けられる社会を実現することを目指すところにある（同法2条）。より具体的には、①情報提供業務（同法30条1項1号）と②民事法律扶助業務（同法30条1項2号）が法テラスの2大業務とあってよい。①は、利用者からの問い合わせ内容に応じて、法制度に関する情報と、相談機関・団体等（弁護士会、司法書士会、地方公共団体の相談窓口等）に関する情報を無料で提供する業務である。②は、経済的に余裕がない者が法的トラブルにあったときに、無料で法律相談を行い（「法律相談援助」）、弁護士・司法書士の費用の立替えを行う（「代理援助」「書類作成援助」）業務である。小柳論文は、このうち②を想定しつつ、不在者財産管理制度利用のための費用の公的負担を可能にしようとする提言である。

この提言については、次の点を指摘しておきたい。不在者財産管理制度の活用は、現在のところ、

⁽²³⁾ 吉田・前掲注(7)「民法学の課題」53頁。

⁽²⁴⁾ 吉田・前掲注(7)「民法学の課題」53頁。

主として、所有者不明土地問題が公共事業の実施のための用地取得の障害になっているという文脈で問題になっている。ここで課題となるのは、まずもって、事業主体である地方公共団体等による管理人選任の申立が可能かである。現在でも、公共事業に関わる場合には、利害関係人（民25条1項）として市町村等の事業主体による申立が可能と考えられるが、さらに、近時成立した「所有者不明土地の利用の円滑化に関する特別措置法」（2018年6月6日成立）は、「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があると認めるときは」、より一般的に、市町村が不在者財産管理人選任の申立てができる旨を定めている（38条）。したがって、この点についての課題は解決している。問題はさらに、管理人の選任について市町村が法テラスの情報提供サービスを受けることができるかであるが、法テラス設立の理念からすると、やや筋が異なるとの印象は拭い去れない。小柳論文が紹介するように、法務省がこの点に関して慎重なスタンスを採っているのには、十分な理由があると考えられる。まして、市町村に法テラスの民事法律扶助サービスを享受させるというのは、法テラスの理念からは遠いものと言わざるをえない。

小柳論文が提言するのも、そのようなレベルではなくて、市民が、所有者不明土地の管理不全状態を解消するために不在者財産管理制度を利用しようとする場合の対応策のレベルだと考えられる。その上で、民事法律扶助サービスを資力に乏しい市民に付与しようということであろう。これは充分にありうる政策の方向である。

しかし、法テラスは、現在の制度の下では「法による紛争の解決」に対する情報提供や扶助サービスの提供を任務としている。財産管理制度利用を援助するためには、このような法テラスの位置づけを変える必要があるだろう。

また、主要な狙いである法律扶助サービスも、法テラスの場合には、原則的には立替えであることにも注意を要する。ところで、財産管理制度に関する費用の主たるものは、管理人の報酬である。

現在法テラスが行っている法的紛争に関連する費用の立替えは、相談者が相手方からたとえば損害賠償を受けることによって、支払うことが可能である。これに対して、管理人報酬は、そのようなわけにはいかない。したがって、立替えにはさほどの意味がないし、法テラスの支援に意味をもたせようとするれば、立替えではなくて、返還を免除した支給を志向することになるだろう。しかし、これもまた、法テラスの位置づけを大きく変えることになる。

もちろん、必要があるのであれば、法テラスの位置づけを変更する制度改革もありうる方向である。しかし、現実には、すでに定着している制度の位置づけを大幅に変えるのは、ハードルがかなり高いものといわなければならない。市民の申立てを前提として法テラスを用いることには、以上のような問題点があると考えられる。

しかし、小柳論文が提示する不在者財産管理制度についての公的支援という方向自体は、傾聴に値するものとする。法テラスの利用ということではなく、むしろ、市町村が、必ずしも公共事業等の実施の場合に限定されず、所有者不明土地の管理放棄対策として積極的に不在者財産管理人選任の申立てを行い、管理人の報酬も負担するという方向が考えられないであろうか。もちろん、その場合には、財政負担の問題があるので、すべての所有者不明土地についてそのような方策を講じるというわけにはいかず、一定の政策的選別は必要になるであろう。

（3）相続財産管理制度の再定位と弾力化

（i）相続財産に関する物理的管理不全問題

物理的管理不全問題は、相続財産についても問題になる。相続人が相続を望まず、相続が放棄される場合（事実上の放棄を含む）、相続人の存在が明らかでない場合などには、相続の管理が放棄される場合がしばしば生じる。このような事態に対する対応策としては、どのようなものが考えられるであろうか。この状態は、（2）で検討した所有者不明土地と不在者財産管理制度の活用問題と重

複して生じる場合もあるが、相対的には別の問題として検討することが可能である。

(ii) 問題への対応策

本特集の小西論文「相続財産の管理に関する提言」は、この問題を検討するものである。次の4つの対応策を提言している。それぞれ、若干のコメントを付して紹介する。

①相続人の相続財産管理義務の内容は、現行法の下では「その固有財産におけるのと同じの注意」とされているが(民918条1項本文)、これを善管注意義務に改める(α)。相続を放棄した者も、その放棄によって相続人となった者が相続財産の管理を始めることができるまで、「自己の財産におけるのと同じの注意をもって」その財産の管理を継続しなければならないが(民940条1項)、この注意義務も善管注意義務に改める(β)。相続人が放棄して相続しないのであれば、その財産は他人の物であり、他人の物である以上、相続債権者を保護するためには、善管注意義務を課すべきである。また、このようにすることによって、積極的な相続財産管理が期待しうる。――

たしかに、現在の注意義務の内容では、管理放棄によって相続財産の価値が減少するような場合でも、相続債権者が相続人の責任を追及することは難しい。自己所有地の管理放棄も可能である以上、相続財産の管理放棄を「その固有財産におけるのと同じの注意」を払っていないとは評価しにくいからである。このような点を踏まえると、上記の提言は傾聴に値する。ただし、その理由としては、相続債権者を害する危険があるということだけでよいであろう。相続放棄する以上その財産は他人の物であるという理由づけは、 β の準則に対する批判にはなっても、 α の準則に対する批判にはならないからである。

②相続人が管理義務(善管注意義務)を果たせない場合に備えて、専門家に相続財産を管理してもらえるようにし、また同時に、相続人がその専門家に助言を求められるようにする制度を導入する。――

相続の処理において専門家の支援が重要である

ことは、しばしば指摘されることである。したがって、小西提言のような方向が望ましいことについては、おそらく異論はないであろう。問題は、ここで提言されている制度の具体的内容がどのようなものであるかである。相続人が専門家に相続財産管理を委託すること、また、そのような委託とは別に、相続人自らが相続財産管理に当たる場合においても専門家から助言を得ることができること自体には、問題がない。問題は、現実には、専門家へのアクセスが簡単ではないこと、また、場合によっては、そのための財政的負担が大きすぎることによって専門家へのアクセスが妨げられることである。法テラスは、法的紛争解決について、このような困難性を緩和しようとする制度的工夫である。相続財産管理についても法テラスの活用を志向するのか(小柳提言は、不在者財産管理制度についてそのような方向を志向していた)、あるいは、別の方向を志向するのか。別の方向を志向するとすれば、その制度の具体的内容をどのように構想するのか。このような問題についての検討の深化が期待される。

③相続放棄をできるだけ避ける制度を導入する。相続人が相続放棄をするのではなく、単純承認しやすい制度を整える。たとえば、単純承認した上で、不要になっている不動産の任意売却の手続を行った上で、任意売却できずに終わってしまった不動産については、一定の要件を課した上で、その所有権放棄を認める制度を導入する。――

これは、興味深い提言である。たしかに、不要な不動産を放棄しうる可能性が確保されていれば、相続を単純承認するインセンティブは喚起されるであろう。吉田論文において提示されている不動産所有権放棄に関する考え方――国またはそれに代わる帰属先の同意を得て初めて放棄しうる――を前提とするならば、この方向は、国等が同意を与える規準作成のレベルで実現することが可能である。その上での問題は、任意売却の努力についてどのようなレベルを要求するか、その努力が払われたことをどのようにして確認するのかなどの手続的詰めであろう。また、国庫等の受入れのた

めの「一定の要件」の内容を詰めることも課題とされよう。

④相続人不存在の場合に速やかに、かつ、必ず相続財産管理人を選任する制度を導入する。このようにして相続財産の清算を速やかに行うことによって、管理者の管理費用を抑えることができる。このためには、戸籍情報を登記所など関連する部署に通知する制度を設けることによって、速やかな相続人不存在手続が開始される。――

相続財産管理人が速やかに選任され、相続財産の清算が速やかに行われることは、管理不全状態を避けるという観点からは、たしかに望ましいことである。問題は、これを現実にもどのようにして実行するかである。死亡という事実に関する情報を登記所（地方法務局）に伝えるだけでは、相続財産管理人の選任は確保されない。現行制度の下では、「利害関係人又は検察官」による家庭裁判所に対する請求が必要だからである（民952条1項参照）。しかし、検察官は、現実にはこのために機能していない⁽²⁵⁾、利害関係人からの請求も、家庭裁判所への予納金負担がネックになって、相続財産の価値が乏しい場合には、あまり期待することができない⁽²⁶⁾。私は、別稿において、そのような相続財産の国庫受入れを政策的に受け入れる可能性に触れ、そのような方向を採用する場合には、国に相続人不存在の場合の手続を進める権限を認める必要がある旨を指摘した。たとえば、検察官請求を活用するか、国を直接の請求権者にすることを認めるなどである⁽²⁷⁾。このような方向の可能性も含めて、実効的な方策としてどのようなものがありうるのか。この点の検討の深化が望まれる。

⁽²⁵⁾ 吉田・前掲注(7)「民法学の課題」55-56頁参照。

⁽²⁶⁾ 吉田・前掲注(8)「裁判例の出現」10頁。

⁽²⁷⁾ 吉田・前掲注(8)「裁判例の出現」11-12頁。また、本特集の吉田論文も参照。