特集 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の構築その2

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その2

北海道大学名誉教授・弁護士 吉田 克己
よしだ かつみ

はじめに

一般財団法人・土地総合研究所は、2016年5月に「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」（第1期）を立ち上げ、約2年間にわたる研究活動を行った。その成果は、土地総合研究第26巻3号（2018年8月）の特集「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」に公表されている。収録論考は、吉田克己「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」、同「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」、高橋寿一「取得時効の利用可能性——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」、小西飛鳥「相続登記の促進のためのインフラストラクチャー整備——ドイツ法を中心として」、小柳春一郎「相続登記促進策——相続登記義務と資格者・専門家関与強化」、同「不在者財産管理制度見直しの方向」および小西飛鳥「相続財産制度の管理に関する提言」の7本である¹。

土地総合研究所は、若干の間を置いて、2019年に第2期の「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」を立ち上げた（第1回研究会は2019年11月に開催）。

¹ さらに、関連寄稿として、吉原祥子「土地の『受け皿』と情報基盤の課題——自治体アンケート調査からの示唆」、新井克美「土地所有者不在不明問題に関する一考察——不動産登記制度の沿革を踏まえて」が収録された。

本特集は、この第2期研究会による1年弱の集中的研究活動の成果を取りまとめるものであり、研究会メンバーの5本の論考から構成される。この研究会の課題は、第1期研究会と同様に、「土地の管理不全防止を目指す制度構築」の構想を提示することであり、本特集の各論考は、この制度構築に関する提言を含む。しかし、それは、これも第1期の研究成果と同様に、研究会としての公式の提言ではなく、最終的には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。

第2期の研究活動を行った時期は、法制審議会において、所有者不明土地問題への対応を中心的課題としながら民法・不動産登記法改正に関する検討作業が進行した時期と大きく重なっている。本特集の論考も、多かれ少なかれ、この立法作業を意識しないわけにはいかなかった。その中には、法制審議会の改正提案の検討を中心的課題とする論考もある。しかし、本研究会の課題は、法制審議会の改正作業をフォローすることそれ自体ではなく、それも意識しながら、より広い文脈で「土地の管理不全防止を目指す制度構築」の構想を提示することであった。

本稿は、この特集の序論として、本特集の各論考において論じられている諸論点を大きく総論的検討にかかわる2つの論点と、各論的検討にかかわる4つの論点に分けて、検討内容の概要を紹介するものである。その際に、場合によっては、各

論考の理論的分析や提言等に対して、私なりのコメントを加えることにする。上記の前回の特集における私の論考「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」と同趣旨のものであり、そこで、本論考のタイトルは、前記論考と同じにして、それに「その2」を付け加えることにした。

I 総論的検討

所有者不明土地問題そして管理不全問題を考える前提として、石田光曠「世界の制度との比較から所有者不明土地問題の本質と対策を考える——特に引き取り手のない不動産の受取制度と相続開始後の管理及び登記制度を中心に」は、それらの問題の根源に、日本における不動産所有制度および相続制度の特殊性が存在することを指摘する。また、山城一真「共有者不明土地をめぐる立法論上の諸問題」は、これらの問題をもたらしている要因として指摘されている負財化現象について、その法理論的深化を試みている。

1 日本における不動産所有制度および相続制度の特殊性

(1) 基本的問題点：物理的細分化と権利的分散化

石田論文の認識によれば、日本の不動産所有における特殊性は、世界に類を見ないほどの物理的細分化と権利的分散化の進行に求められる²。そして、これが所有者不明土地問題の根底にある。

物理的細分化とは、元々一定程度の規模を持っていた土地が、昭和期の急速な人口増加や地価の高騰による開発的区画整理や相続などを経て、細かな単位に細分化していったことを指す。その背景には、土地の分筆について都市計画や土地法に

² なお、石田論文の主張をより深く理解するためには、日本司法書士連合会司法書士総合研究所業務開発部会が公表した提言「時代に合致した不動産所有のカタチと制度」(2019年2月18日第3版)も参照することが望ましい。石田は、この部会の研究主任を務めている。本稿では、石田論文とともにこの提言も利用する。この提言は、<http://www.shihosyoshi-lawyer.com/pdf/teigen.pdf> において閲覧することができる。以下では、単に「提言」として引用する。

よる規制が何ら存在しないという制度的問題点が存在する。そして、この物理的細分化とともに権利の分散化が進行する。それを媒介するのが相続である。

このような問題点に対処して、人口動態に合わせて土地所有権を集約・再生する仕組みが、日本には存在しない。これが、所有者不明土地問題の背景にある致命的とも言える問題の本質である。このような問題点は、外国には存在しない。彼我を分けるのは、土地は社会の公共財であるという観念がどれだけ強く社会に浸透しているかである³。

(2) 制度における具体的問題点

このような基本的理解を基礎として、石田論文は、日本における不動産所有制度と相続制度の具体的問題点を指摘する。

(i) 不動産所有制度の特殊性

不動産所有制度に関して具体的に指摘されるのは、次の諸点である。

(1) 土地と建物との権利的分離

土地と建物とが別個独立の不動産とされ、権利的に分離されるのは、世界的に例のない日本独自の考え方である。この結果、建物が軽視され、不動産と言え「土地」を意味するという事になっている。また、土地と建物の所有者が異なることから、権利関係の複雑化を招き、これが所有者不明土地問題対応へのひとつの足かせになっている。この分離はまた、不動産所有に対する公共的感覚を麻痺させる要因になっている。

(2) 外国人所有に対する対策の未整備

近時、土地を外国人が所有する事態が増えている。この土地について相続が開始する場合には、その相続人と連絡がつかない等の問題が生じている。このようにして、外国人所有の土地の増大が所有者不明土地問題を発生させる要因のひとつになっている。外国籍所有者の所有制限は難しいにせよ、土地の放置を許さない対策制度を至急整備する必要がある。

³ 以上については、「提言」6頁、5頁参照。

(3) 土地活用におけるマスタープランの未整備

日本では、いわゆる土地神話の下、長らく土地を投機の対象と捉えてきた。ところが、長期にわたる人口減少の時代に突入すると、一転して、「要らない土地」「相続したくない土地」が急増している。これに対して、ある論考によれば、ドイツでは、「価値のない土地が存在するということはない」。この違いは、国土の活用プラン、つまり具体的なマスタープラン（都市計画）の有無にあると考えられる。日本における「都市計画」は、おおまかな区域イメージにすぎないが、欧米では、詳細な活用制限を設けている。その対象は、都市部だけではなく、農地や山林にも及ぶ。建築等の許可制度や土地の分筆制限も、このマスタープランからの帰結である。それぞれの土地にふさわしい具体的な活用プランを明確にすることが、要らない土地をなくし、所有者不明土地を予防する最低限の要素である。

(ii) 相続制度の特殊性

相続制度に関しても、次のような日本の特殊性が指摘される。

(1) 相続したい遺産のみの手続きが可能であること

清算主義を採る英米法の国々では、当然に一括分割を原則とする。日本相続法における包括承継主義は、大陸法を承継したものであるが、大陸法においても、実務においては、一括分割を原則とするという考え方は、基本的に英米法と同様である。これに対して、日本では、実務上、相続したくない遺産（価値の低い不動産など）を外して相続手続きができてしまう。これが、放置空き家や所有者不明土地の増加に繋がっている。

(2) 相続開始を契機とする土地管理者不在期間の長期化

相続が契機で所有者不明土地の増加が生じているとしばしば指摘されている。その原因として相続未登記問題が取り上げられることが多いが、問題はそれだけではない。相続が開始してから最終的な不動産の承継者が決まるまでの間の管理責任者の不在化とそのような事態の長期化が生じているという問題も指摘する必要がある。その原因と

しては、①不動産遺産の引き取り手不足、②相続人間の関係の複雑化または希薄化を挙げることができる。遺産分割に期間制限を設け、法定相続分で遺産分割がなされたものとみなすという意見もあるようであるが、それで問題が解決するとも思えない。

(3) 行き過ぎた相続税対策

相続における節税対策が、土地の物理的細分化と権利的分散化に拍車をかけてきた。その原因としては、国際的にも非課税枠が小さいという日本の特徴を挙げることができる。日本のように、一般国民までもが相続税対策をしている国は珍しい。節税対策によって土地が細分化し、所有者不明土地問題の端緒になっていることも否定できない。

(3) 基本的対応策

石田論文は、以上のような現状認識を踏まえて、所有者不明土地問題への対応と国土再生を実現するための方策を提示する。その基本的方向は明確であり、細分化と分散化に対応しうる実効的な方策を講じるということである。それは、「集約」「予防」「促進」の3つのキーワードにまとめることができる⁴。

(1) 集約

集約というキーワードが具体的に意味するのは、不動産の物理的・権利的集約制度とそのための受け皿専門機関の創造である。外国の例では、アメリカのランドバンク制度が参考になるとされる。そこでは、行政が、地域再生計画を策定した上で空き地・空き家を積極的に取得し、それを、官でも民でもない専門受け皿機関としてのランドバンクに移管し、ランドバンクが地域のマスタープランに沿って随意に適切な活用者につないでいくという政策を採って、結果を出しているからである。

(2) 予防

予防が意味するのは、これ以上の権利的な分散化を防止するための制度を創造することである。所有者不明土地が生じる原因として最も問題となるのが相続登記の未了である。不動産登記の目的

⁴ 以下は、「提言」14頁以下に基づいてまとめている。

には、「国民の権利の保全」を図ることが入っている（不登法1条）。そうである以上、不動産登記が保全すべき権利には、不動産所有者の権利だけでなく、この不動産に利害関係を持つ国民の権利も含まれていると捉えるべきである。登記の更新等を怠っている表題部の所有者に、過剰な保護を与える必要はない。イギリスなどの制度も参考に、民法上の権利者と登記簿上の責任者の地位と責任とを分けて考えるべきである。不動産登記法は、民法の手続法ではなく、別の目的を達成するための特別法へとシフトしていくべきである。

(3) 促進

促進が意味するのは、国民が積極的かつ早期に遺産分割協議をしたくなる制度を創造することである。所有者不明土地問題への対処策検討の中では相続登記を義務化するという構想も提示されているが、それには反対する。国民意識が同じままで単に義務化するならば、ますます安易な共同名義での申請が増え、将来の権利分散を助長するだけだからである。遺産分割に登記申請資格者が関与して、将来のトラブルがないように分割すべきである。本来あるべき清算型の相続手続の促進を図ることが重要である。

(4) 若干のコメント

(i) 石田論文のメリット

所有者不明土地問題の背景にある事情としては、一般に、人口減少社会への移行や低成長経済への移行に伴う土地需要の減退などの経済的・民勢的要因が挙げられる。私は、背景事情として負財化という現象を挙げているが、これも基本的発想は同様である。このような把握は、もちろん誤っているわけではないであろう。しかし、それは、ともすれば、所有者不明土地問題発生不可避論になってしまう。発生が不可避であれば、その根本的対応策を講じることは、困難である。ありうるのは、弥縫的な対応策である。そうではあっても、可能な方策は講じるべきだと説くことになる。しかし、この不可避論を前提とすれば、対応策の方向が見えにくいという難点があることは否定しがたい。人口減少を克服して人口増へというスロー

ガンや経済回復という政策理念は、根本的な問題対処策として掲げることは重要であるが、当面の具体的な目標にはなりにくい。

これに対して、以上に整理した石田提言は、ことがらの本質的問題を土地に関する物理的細分化と権利的分散化に求め、その制度的要因を整理することによって、問題への具体的対応策を明確に提示する枠組みを獲得している。これは、石田論文の大きなメリットというべきであろう。

石田論文において提示されている西欧の法制との比較における日本都市法の問題点や、相続を支えるインフラストラクチャーの不十分性などは、これまでも多くの文献によって指摘されているところである⁵。しかし、そのような問題点は、より広い文脈における日本都市法の問題点として指摘されることが多く、それを所有者不明土地問題との関連において位置づけるという発想は、これまでの文献においては乏しかった。石田論文は、ここに見られる一種の欠落を埋めており、この点も、石田論文のメリットと評価することができる。

(ii) 所有者不明土地問題との関連での都市法の内容

それを確認した上で、所有者不明土地問題との関連で位置づけられる都市法の内容に関しては、なお検討の余地がありそうである。人口減少社会の到来とともに、従来の過剰利用対応型の都市法について、過少利用対応型へのパラダイム転換が要請されており、実際にその方向での都市法展開の萌芽も認められるからである。そこでは、持続可能性やコンパクト・シティという新しい都市計画の理念が語られ、規制から誘導への都市計画手法の転換と、それを支えるエリア・マネジメント

⁵ とりあえず、私が関係したものだけを挙げておくと、都市法に関しては、原田純孝編・広渡清吾・吉田克己・戒能通厚・渡辺俊一編『現代の都市法——ドイツ・フランス・イギリス・アメリカ』（東京大学出版会、1993年）が、各所で、西欧の都市法と比較した場合における日本都市法の構造的な問題点を指摘している。相続に関しては、吉田克己「相続総論」潮見佳男編『新注民法(19)相続(1)』（有斐閣、2019年）29-32頁がある。

論などの政策の方向づけが語られる⁶。このような新しい都市法と所有者不明土地問題とのリンクについて、なお検討を深化させることが望まれる。この点については、後に再び触れることになる。

2 負財の法理論的深化

(1) 山城論文の問題意識と負財化論の再構築

次に、山城論文においては、所有者不明土地問題は、社会構造の変容が土地所有権法に顕現したものと観察される。問題とされる社会の変容を記述するに当たっては、人口減少とそれに伴う土地の「負財」化が意識される。山城論文の問題意識は、こうした認識を法理の平面においてどのように受け止めるかというところにある。

山城論文によれば、この負財化現象に着目する負財化論⁷は、権利客体の属性という観点から所有者不明土地問題を考察することを特徴とする。そして、負財化論によれば、負財は、その物に価値を認める者が現れてくるか否かに応じて、「絶対的負財」と「相対的負財」に分けられる。このような把握によれば、絶対的負財という性質決定は、「その物に価値を認める者が現れてこない」という状況に依存するのであって、それ自体が概念であるわけではない。負財化論が抽出した社会の変容を、法的な分析の立脚点となる概念へと再構築する必要がある。

(2) 負財化論再構築の方向

(i) 排他的支配権能への着目

山城論文によれば、負財化論の再構築を志向する際にまず注意すべきは、所有権は、土地の持つ効用として産み出される利益の帰属を決定する原理であって、負担の所在を当然に決定するわけではないことである。論理的に言えば、害悪に対する負担・責任は、支配権能としての所有権の帰属と一体をなすわけではない。このことは、ある物が「負財」であるとの認定が、土地そのものでは

なく、土地の所有を契機として生じる負担・責任に着目して行われることを示唆する。

このような観点からすると、負財化論のように、問題を権利客体である土地が持つ価値の変容の問題として観察するのでは不十分である。この問題の法的分析のためには、権利の客体ではなく、所有権に基づく支配権能の排他性に着目することが有益である。排他性は、実定法上、物について生じる負担を決定する原理として機能するからである。人口減少社会における負財化の問題は、「所有権には負担が伴う」という原則的な取扱いを個人責任によっては支えられなくなっていることに発端がある。このような状況に対応するためには、所有者が持つ排他的支配権に対して、一定の制約を課すことが必要とされる。

(ii) 所有権の制約

(a) 概要

山城論文によれば、所有権に基づくといっても、他者に迷惑をかけるような権利行使は許されない。ここでの「迷惑」は、一般に負の外部性と呼ばれるものに対応すると考えられる。迷惑行為の規制目的は、所有権の客体である物に対する所有者の排他的支配権能を停止し、または奪うことによって達せられることになろう。具体的には、①権利行使の制限、②使用収益権の設定、③権利帰属の変更がそのための手段となる。

(b) 具体的内容

(1) 権利行使の制限

ここでの問題は、権利の不行使状態を停止するための手立てを講じることである。そのためには、第三者による土地への干渉について違法性を阻却することが考えられる。このような仕組みは、すでに一定の枠組みの下で制度化されている。これにも二種がある。まず、第1に、第三者の利益のために所有物への干渉が許容される場合がある。相隣関係に関する規律がその典型である。第2に、所有者の利益のために第三者による所有物への干渉が許容される場合がある。継続的に管理権を与える不在者財産管理制度や一時的な財産管理権を与える事務管理制度がそのような例を提供する。

⁶ これらの問題については、吉田克己『現代土地所有権論』（信山社、2019年）の「第Ⅲ部 人口減少社会と都市法」所収の諸論文を参照されたい。

⁷ 具体的には私の議論が参照されている。

もっとも、これらの制度は、所有者不明土地問題の解決という観点からは、種々の限界を抱えている。不在者の財産管理制度は、人に着目しており、特定財産の管理には不十分である。また、土地への介入は、所有者の利益を条件としてしか正当化されないからである。

(2) 使用収益権の設定

使用収益権の設定は、所有者の意思に委ねられる。これが原則であるが、近時、所有者不明土地問題に対応するために、農地法、森林経営管理法、所有者不明土地利用円滑化法は、ある者の所有地に第三者が使用収益権を取得するための方法を規定するに至った。そこでは、権利調査問題と権利喪失問題とを明確に区別して、それぞれについて一定の方針を示している。実定法における所有者不明土地問題の解決方法の基本的な方針は、これらの規定のなかに見出すことができる。これらの制度を通じて、第三者は、所有物に対して物理的に干渉することができるほか、その物を利用して自ら利益を得ることもできる。反面、所有者は、使用収益権能を奪われることに対する代償を求めることができる。

(3) 権利帰属の変更

各自が有する所有権を無条件に剥奪することは、憲法上の財産権保障(29条)の観点から許されず、そのためには土地収用の手続による必要がある。もっとも、権利帰属の変更を基礎づける制度は、私法上の規定にもすでに存在する。取得時効や区分所有法59条による競売請求である。取得時効による所有権の再分配は、所有者不明土地問題の解決にとって有用性が認められる。第三者による占有が継続しさえすれば、所有者を探索することなく、より有用な権利帰属状態を端的に実現することができるからである。これに対して、悪意占有の継続を要する点は、デメリットとして指摘することができる。ここには、法が違法行為を助長するという矛盾がある。区分所有法59条による競売請求に関しては、その要件の理解に関して議論があるが、建物の物理的な保全・利用を害する行為に限られるという見解が注目される。この

議論は、共有持分権についても妥当するからである。

(4) 制度の選択

以上の各制度の間で選択が問題になる場合には、所有者の利益を害する程度が最も少ないものを選択すべきである。したがって、一般論としては、(3)よりも(2)が、(2)よりも(1)が優先的に選択されるべきである。換言すれば、要件も、(3)(2)(1)の順でより緩やかになるということである。

なお、以上の議論は、直接には、所有権を想定するものである。しかし、山城論文においては、それらの検討は、山城論文のテーマである共有持分権に関する議論を支えることを意識して展開されている。山城論文の共有に関する議論については、後に触れることになる。

(3) 若干のコメント

(i) 山城論文のメリット

所有者不明土地問題への法的対応を構想する場合には、その「法的な分析の立脚点となる概念」を定立することは、きわめて重要な課題である。所有者不明土地問題への対応は、往々にして政策的な必要性の論理のみに先導されがちである。もちろん政策的な必要性は、制度改革に際して無視できない要素である。しかし、創設されるべき制度の正当性は、それだけではなく、法的な次元でも慎重に検討されるべきである。山城論文の大きなメリットは、そのような法的分析の立脚点を探求しようとするその姿勢にある。

山城論文が立脚する基本的認識は、所有者不明土地問題を出現させる契機となった「土地の負財化」は、法的には、所有権が持つ排他性によって産み出される帰結である、というものである。したがって、土地の負財化への対応は、その土地に対する所有権の制約というかたちでしか実現され得ない。そして、所有権を制約する方法は、権利行使の制限、使用収益権の設定、権利帰属の変更という三つのレベルに整理することができる。

この三つのレベルの整理は、所有者不明土地問題への法的対応を検討する際に論点を分節する視点として有益である。このような整理の視点を提示したこともまた、山城論文のメリットと言って

よい。

しかし、「法的な分析の立脚点となる概念」検討の出発点として負財化論を定置することには、なお検討の余地を感じる。また、所有権の制約については、伝統的な所有権に対する制約と所有者不明土地問題への対応を目指す制約とでは、その性格を異にする点についての理論的深化があるとよかつたように思う。この2点について、以下、若干の点を述べる。

(ii) 負財概念について

(a) 負財概念と財の多様化

まず前者の点であるが、負財化論として山城論文が紹介する私の議論は、現代社会における財の多様化を検出する一環として、負財概念を析出するものであった⁸。したがって、それは、所有者不明土地問題だけを直接の念頭に置いたものではなく、不動産については空き家・空き地問題、さらに放射性廃棄物や産業廃棄物・一般廃棄物なども広く射程に入れた概念である。財の多様化は、財の属性の多様化を通じて現れるから、私の理解においては、負財もまた、財の属性変容の次元において捉えられる。すなわち、物に内在する危険性あるいはその維持管理や処理に必要なコストゆえに財産的価値を喪失し、客観的に商品とはなりえない物が現代社会においてその意味を増大している⁹。これが負財である¹⁰。このように、負財概念は、次に述べるように一定の法的操作を導出する機能も果たすが、基本的には、社会における財のあり方を記述する概念である¹¹。

⁸ 吉田克己「財の多様化と民法学の課題——鳥瞰的整理の試み」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）2頁以下、とりわけ20-24頁参照。

⁹ 負財は、この意味において、まずもって、財の脱商品化という文脈において捉えられる。そこで負財は、財産的価値の喪失さらにはマイナスの財産的価値の発生という側面において、客観的に把握される（客観的負財）。

¹⁰ 吉田・前掲注(8)論文20頁。

¹¹ もっとも、吉田・前掲注(8)論文では、そのあたりの整理が不十分であった。私自身のその後の概念整理の進展については、吉田克己『現代土地所有権論』（信山社、2019年）の各所（索引の「負財」「絶対的負財」「相対的負財」「主観的負財」「客観的負財」に対応する頁）を参照していただければ幸いである。なお、この著書の参

(b) 所有者不明土地問題と負財概念

負財概念は、他方で、所有者不明土地問題の分析においても重要な役割を果たす。経済レベルおよび民勢レベルの右肩上がりの時代の終焉に伴って、土地についても負財現象が目立つようになるからである。

(1) 負財概念は、まずもって、所有者不明土地問題が発生する要因として取り上げられる（吉田11-12頁）。ここでの負財は、記述概念である。

(2) 負財概念は、次に、所有権放棄の可能性との関係で、法的効果を導出する機能を果たす。ここでは、負財は、その所有者にとって利活用の価値がないがそれに価値を見出す者も存在する「相対的負財」と、誰にとっても利活用の価値がない「絶対的負財」に分けられる（吉田12-13頁、37頁）¹²。前者については所有権放棄が認められるが、後者については放棄が認められないと考えるべきである。このような仕分けを行うのが、所有権放棄論との関係での負財概念の機能である（36-37頁）。

(3) 負財概念はさらに、所有者不明土地問題に関する政策を評価する際の参照基軸となる。たとえば、負財概念は、所有者不明土地問題への対処策を考える場合には、利活用が可能な「相対的負財」に関心が集中しがちであるが、むしろ「絶対的負財」が提示する問題に関心を向けるべきであるというような政策評価を導く（吉田88-89頁、127-128頁）。しかし、ここでの「絶対的負財」は、本来、主観的で相対的概念であるはずの概念（注(12)参照）に、文字通り「絶対的」な含意を与えるおそれがあり、必ずしも適切ではない。現在では、この文脈においては、単に利活用が困難な土地というような表現のほうが適切であると考えている。

(c) 所有者不明土地問題と放置財・管理不全

以上のように、負財概念は、いくつかの文脈において用いられるが、それは、いずれにおいても、財

照頁は、この項の以下の本文においては、吉田〇〇頁という形で、本文中に直接に記す。

¹² ここでの負財の区別は、その物に価値を見出す者が現れてくるかどうかという状況に依存する。その意味で、この負財は、先の客観的負財との関連においては、主観的負財である。

の属性に関する記述概念である。そのような負財概念を再構成することによって、直ちに法的な分析の立脚点となる概念が得られるとは考えにくい。

そのような概念としては、むしろ財の状態に着目する「放置財」概念のほうが適切であろう¹³。「放置財」は、主体に即して表現すれば、本研究会の課題でもある「管理不全」である。「管理不全」は、負の外部性をもたらす、それが根拠となって、所有者不明土地問題への法的対応に不可欠な所有権の制約の可能性と必要性とが導かれる。それは、所有権の内在的制約に他ならない。

これに対して、財の負財性は、管理不全をもたらす要因の中の大きなひとつではあるが、負財であること自体は、負の外部性をもたらして所有権の内在的制約を導くという性格のものではない。負財化と管理不全、そして所有権の制約に至る関係を図式的に表現すると、①負財化（財の属性に着目）→②放置財化＝管理不全（財の状態に着目）→③負の外部性発生→④所有権の内在的制約ということになるだろうか。なお、①と②との関係は、①→②という流れだけでなく、②の放置財化が先行してそれが①の負財化をもたらす（②→①）ということもありうる。山城論文の意義は、所有者不明土地問題への法的対応を構想するための立脚点となる概念を探求し、その点での負財概念の不十分性を指摘する中で、図らずも負財概念の上記のような位置づけをあぶり出したところに求められるであろうか¹⁴。

(iii) 所有権に対する制約のあり方

山城論文は、土地の負財化への対応は、その土地に対する所有権の制約によってしか実現され得

ないと説く。この「土地の負財化」は、「土地の放置財化」または「土地の管理不全」と読み替えるべきであるが、そのように読み替えた上で問題指摘は、その通りである。その上で提起される問題は、ここで説かれる土地所有権の制限と、伝統的土地所有権制限との異同である。

この点については、既存の議論に中ですでに、土地の過剰利用と過少利用との対置という形で、基本的枠組は提示されている¹⁵。そこで示されているように、過剰利用と過少利用とは、①まず、所有権の内在的制約をもたらす負の外部性のあり方が異なる。結論のみ示せば、過少利用においては、近隣住民の生命身体への侵害を生じさせる可能性のある重大な負の外部性もあるが（危険空き家の放置等）、周辺的生活環境の悪化という、重大性のより小さな負の外部性が重要な意味を持っている。周辺的生活環境の悪化などの負の外部性は、その対象が、過剰利用規制が必要になる対象（地域やさらには都市計画区域など）と比較してマイクロであるという特徴がある。ここでの所有権の制約を可能とするためには、外部性センシティブな土地所有権論を構築する必要がある（以上、吉田 237-238 頁）。②次に、規制のあり方が異なる。過剰利用の場合には、一点特定型の積極的行為の抑制（たとえば特定の開発行為という積極的行為の規制）が要請されるのに対して、過少利用対応の場合には、当該土地の利活用という積極的行為への誘導が必要になる。ここでは、時間軸を組み込んだ土地利用のマネジメントや、さらにエリア・マネジメントをどのように組み立てるかが問

¹³ 片野洋平「地域社会における放置資産の実態とその対策」土地総合研究 26 巻 4 号（2018 年）103 頁以下で提起されている概念である。この概念が、過剰利用問題を考える上で有効であることについては、吉田・前掲注(11)133 頁で指摘した。所有者不明土地問題は、過剰利用問題の延長線上にある。この観点からの所有者不明土地問題への法政策的対応の検討として、吉田・前掲注(11)91 頁以下を参照。

¹⁴ 本文に記した理解は、私のこれまでの議論（注(11)参照）では、明確ではなかった。それは、山城論文の問題提起を受けて獲得されたものである。

¹⁵ 土地の過剰利用問題については、山城論文も引用する高村学人「過剰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、空き地・空き家問題を素材として、過剰利用と過少利用との対置を行う吉田・前掲注(11)236-243 頁、同じく空き地・空き家問題を素材として、過剰利用と土地所有権論の検討を行う吉田・前掲注(11)393-396 頁も参照。以下、この項におけるこの文献の参照頁は、吉田〇〇頁という形で、本文中に直接に記す。また、吉田克己「不動産所有権の今日的課題」吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』（成文堂、近刊予定）所収にも、この点に関するまとめた記述がある。

われることになろう。さらにソフトな契約的手法の活用なども求められる（吉田 396 頁）。

これと異なる過少利用対応の方向づけを構想することも、もちろん可能である。しかし、ともあれ、所有者不明土地問題対応を目指す所有権制約のあり方が、伝統的な所有権規制の手法と異質なものにならざるをえないことの認識は必要であろう。その上で、山城論文のオリジナリティが示されている権利行使の制限、使用収益権の設定、権利帰属の変更という 3 つのレベルに整理された所有権制約手法に繋げることができていれば、山城論文のメリットは、さらに大きくなったように思われる。

II 各論的検討

各論的検討として、本特集の各論考が検討している次の 4 点の論点を取り上げる。①まず、土地所有権放棄の可否という論点がある。この論点を集中的に検討するのが、小柳春一郎「土地所有権の放棄：法制審議会の承継取得制度提案」である。また、石田前掲論文もこれを扱う。②次に、山城前掲論文が検討する、所有者不明土地問題の共有ヴァージョン、すなわち共有者不明土地問題という論点がある。③第 3 に、吉田克己「管理不全問題に対応する相続法」が所有者不明土地問題に対する相続法の対応という論点を検討している。石田論文は、この論点も取り上げている。④第 4 に、所有者不明土地問題との関連で不動産登記のあり方をどのように考えるかという論点がある。石田論文は、この論点をも扱っている。

1 土地所有権の放棄

(1) 土地所有権放棄の法理論的・政策論的検討

(i) 法制審議会での改正動向と小柳提案

土地所有権放棄の可能性をどのように考えるかは、所有者不明土地問題に対する法的対応を考える場合の大きな論点である。所有者不明土地問題の観点からこの論点を取り上げるというのは、当然のことながら、所有者不明土地の発生を抑制する方策として、一定の場合に放棄を認めるという

方向を含意しているはずである¹⁶。しかし、現実の過程は、そのような方向では進行していない。法制審議会の民法改正提案は、後に見るように、放棄の可能性をきわめて限定的に捉える提案を経て、現時点では、①土地所有権放棄に関する規定を設けず、②国と私人との間の合意型の土地所有権に関して、それまで土地所有権放棄について求められていた厳格な要件に類した要件を定めているのである。これが意味するのは、所有者が放棄を望む土地の受入れを国は基本的には拒絶するということである。

小柳論文は、法制審議会におけるこのような提案の推移を確認した上で、現時点での法制審議会提案に対する批判的見地に立脚して、①土地所有権放棄（民法 239 条 2 項型原始取得）と②合意型土地所有権移転（承継取得）の二元的制度を提案している。そこでは、土地所有権放棄が原則として可能とされるとともに、合意型移転の承認によって土地を手放す可能性を豊富化することが志向される。

(ii) 小柳提案の根拠

小柳提案の根拠は、2 点に求められる。第 1 は、多くの行政実務、裁判例、学説が、原則としては土地所有権の放棄を認めていることである。第 2 は、そのような立場は、母法であるフランス法に照らしても正当化しうることである。

(a) 行政実務、裁判例、学説

小柳論文は、まず、登記先例が原則として土地所有権放棄を認めてきたことを確認する。

さらに、裁判例については、近時注目を集めた松江地裁判決とその控訴審判決である広島高裁松江支部判決が紹介され、これらが同じく原則的には土地所有権放棄を認め、権利濫用に該当する場

¹⁶ たとえば、法制審議会においてこの論点を検討する最初の文書である「部会資料 2：土地所有権の放棄」（2019 年 4 月 23 日開催の第 2 回会議で配布）は、この論点の趣旨を次のように述べていた。「所有者不明土地の発生を抑制する方策として、土地を所有し続けることを望まない所有者による土地所有権の放棄を認め、土地を適切に管理することができる機関に土地所有権を帰属させることを可能とする制度の創設を検討する必要がある」。

合にはそれが否定されるという法理を採用していることを確認する。

学説については、田處説と私の見解が取り上げられ、いずれも原則的には土地所有権放棄を認めることを指摘する。両者の見解には差異も大きい¹⁷、それは、例外をどの程度認めるかにかかわり、理論枠組み自体は共通している。

このようにして、これまでの行政実務、裁判例、学説を通して認められる土地所有権放棄に関する考え方は、「民法は、土地所有権放棄を禁止していないが、それが権利濫用等になる場合は、放棄は無効である（そして土地所有権放棄の場合は権利濫用等になる場合が相当多い）」という形でまとめることができる。

以上のような小柳論文の認識は、正確なものだと考える。多少だけ補足すると、所有権放棄の原則的自由を認めるのは、田處説や私の見解に始まるわけではなく、民法起草者の見解でもあったし、その後の学説の一般的傾向でもあった¹⁸。その意味で、法制審議会における改正事務局が、「土地所

¹⁷ 田處説は、端的に土地所有権放棄の自由を認めるが、私の場合には、論理が多少入り組んでいる。図式的に述べると、私の議論は、次の3段階の議論を重層的に組み合わせることによって構成されている。

①所有権が客体の主体への帰属を表現する権利である以上、法理論上、原則としてその放棄が認められるべきである。

②しかし、法の一般原則からして、第三者の権利利益を害する形での放棄は認められない。不動産の場合には、放棄が認められると、その所有権は国庫に帰属する。したがって、放棄が負担の押しつけという形で国庫の利益を害する場合には、放棄は認められない。負担の押しつけとして国庫の利益を害するかは、国の同意の有無という形で、定型的に判断するのが適切である。なお、国以外の帰属先機関を構想する場合には、その帰属先機関の同意が必要ということになる。

③国その他の帰属先機関は、他方で、国土政策や地域政策の観点から、一定の不動産については積極的に受け入れる政策を採用すべきである。その具体的な規準や手続を今後整備する必要がある。

以上については、吉田・前掲注(11)269-276頁、301-304頁など参照。また、吉田克己「第248条の2(所有権の放棄)」吉田編著・前掲注(15)にも、この論点に関するまとめがある。

¹⁸ 吉田・前掲注(11)257-258頁参照。また、吉田・前掲注(15)「不動産所有権の今日的課題」I 1にもその旨の指摘がある。

有権放棄の可否は判然としない」と述べるのは、ややミスリーディングであるようにも思われる¹⁹。しかし、この認識が、その後の法制審議会における改正事務局の土地所有権放棄に対する消極的な姿勢を根拠づけることになる。

(b) フランス法、ボワソナード

小柳論文は、さらにフランス法を素材として、比較法的検討を行う。そこでは、フランス民法典制定当初から最近に至るまでの立法・判例・学説の状況が詳細にフォローされ、そのいずれにおいても、土地所有権の放棄が禁止されるということはないことが確認されている。なお、不動産所有権放棄の場合の帰属先は、民法典の当初の規定においては、日本民法と同じく国であるが、フランス民法典の2004年改正によって、市町村帰属が原則とされたことが注目される。

小柳論文によれば、旧民法の起草者であり、日本民法のパラダイム形成に重要な役割を果たしたボワソナードにおいても、土地所有権の放棄は認められていた。放棄された土地は、当然に国に帰属する。このような考え方は、19世紀中葉のフランス民法学の通説的学説を承継するものであった。このボワソナードの考え方が、梅や富井という民法起草者の見解に強い影響を与えたことは、推測に難くない。

以上のようなフランス法やボワソナードを対象とする検討は、これまでの土地所有権放棄論の検討においては必ずしも十分ではなかった。これを取り上げて深めたことは、小柳論文のメリットである。

(iii) 小柳提案の内容

小柳論文が、①土地所有権放棄(民法239条2項型原始取得)と②合意型土地所有権移転(承継取得)の二元的制度を提案していることは、先に触れた。それをもう少し詳細に見ておこう。

¹⁹ 前出の「部会資料2」(注(16))2頁。もっとも、不動産所有権の放棄に関しては、民法に規定がなく、結論ははっきりしないと説く学説は存在する。川島武宜=川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』(有斐閣、2007年)379頁〔五十嵐清=瀬川信久〕。

(a) 土地所有権放棄(民法239条2項型原始取得)

まず前者であるが、小柳論文によれば、ここでは、《民法は土地所有権放棄を否定していないが、権利濫用等に当たる場合には、放棄することができない》という、これまでの行政実務、裁判例、学説が説いてきた立場を前提とすべきである。したがって、土地所有権の放棄は、原則的には認められるべきである。その上で、権利濫用を具体化するような要件を規定するようにする。この要件としては、法制審議会の「中間試案」程度のものでよいが、「相続を契機に取得した土地」に対象を限定するのは絞りすぎであり、売買等で取得した土地も対象とすべきである。

この要件充足の審査については、国または(民間を含む)第三者機関による「確認」の制度を設けて、これによって放棄の登記を可能にする。これは、具体的には、国を所有者とする登記を意味するものであろう。

要件の絞り方についてはなお議論の余地があるが、基本的には賛同しうる提案である。建築確認に準じた「確認」の制度提案も興味深く、現在の国に対する登記引取請求を不可避とする制度設計よりも実効性が認められる制度設計と言えるであろう。

(b) 合意型土地所有権移転(承継取得)

小柳論文は、土地所有権放棄(民法239条2項型原始取得)にこの合意型土地所有権移転を併設するという制度設計を推奨する。合意型土地所有権移転制度においては、国による裁量を認めることが前提になる。そして、この制度の場合には、国土管理等を考慮に入れて、土地所有権の受入れによって国に損失が生じるような場合(対象財産が「負財」である場合)でも、政策的に土地を引き受けることがあってもよいとされる。このような発想からすると、法制審議会「部会資料48」(2020年10月6日開催の第19回会議で配布)が提示した国による承継取得の制度は、要件が厳格すぎることになる。

これも、所有者不明土地対応策という観点からは、支持しうる提言である。とりわけ、国土管理

等の観点からの土地引受けの可能性は、所有者不明土地問題対応策として重要である。一般的に言って、土地所有者と国との契約に基づいて土地を国が引き取る法的な可能性は、当然にあるものと考えられる。この契約は、通常は贈与であろう。また、負担付き贈与ということもあろう。しかし、ともあれ、民法上の制度論としては、国による制度利用を否定する理由はないはずである。その可能性を民法上厳格に限定するという法制審議会の発想には、どのような正当化根拠があるのであろうか。

もちろん、このような契約を媒介とする国の土地取得は、あくまで可能性であって、義務ということではない。国による制度利用の可能性を政策的に限定することは、当然にありうることである。また、後述のように受け皿機関については、国以外の機関を構想することが十分に考えられる。どのような場合に、この可能性を現実化するかの指針に関しては、慎重な検討が必要である²⁰。しかし、この制度を所有者不明土地問題対応策として活用することを認めておくことは、可能であり、かつ、望ましいことである²¹。

(2) 受け皿機関の検討

(i) 問題の所在

土地所有権が放棄された場合には、その土地は、国庫に帰属する(民法239条2項)。この原則を修正して、他の受け皿機関を考えるべきではないかという論点は、所有者不明土地問題への対応策が議論されるようになった当初の段階から、取り上げられていた。その際には、フランスの経験²²を参照しつつ、市町村(地方公共団体)を受け皿機

²⁰ 土地所有権放棄の受入れに関する指針の検討として、吉田・前掲注(11)301-304頁がある。贈与等の合意に基づく受入れについても、基本的には同様に考えることができる。

²¹ この点は、吉田・前掲注(15)Ⅲ1(4)(b)においてすでに指摘している。

²² 吉田・前掲注(11)304-305頁参照。また、ジャザベル・ジャノ(小柳春一郎訳)「無主の所有物」土地総合研究28巻1号(2020年)81頁以下、小柳春一郎「土地所有権の放棄—フランスの場合」土地総研メールマガジン87号(2020年)1頁以下も参照。

関として考えるという方向や、アメリカの経験を踏まえつつランドバンクをこの受け皿機関として考える²³などの方向が提示されていた。

法制審議会の議論においては、この論点は、取り上げられていない。この論点に関する所轄は財務省ではないということなのであろうか。あるいは、そもそも所有者にとって不要になった土地を所有権放棄や承継取得によって受け入れる可能性を厳格に絞るという発想からすると、受け皿機関を検討する必要もないということなのであろうか。しかし、所有者不明土地問題への対応を真剣に考えるのであれば、この論点は、大きな重要性を持っているはずである。

(ii) 石田論文における日本型ランドバンク構想

(a) 概要

石田論文も、小柳論文と同様に、法制審議会の現時点での構想を「実務的に見れば、非現実的と思えるほど厳しいものである」と批判し、土地所有権からの離脱を認める具体的なルールの検討を行うべきことを説く。その具体的方策としては、土地所有権放棄とともに、合意による無償譲渡制度の活用が提示される。小柳論文と同様の二元的土地所有権取得構想である。石田論文はさらに、取得時効特別措置制度の創造および土地所有権のみなし放棄制度の創造という多面的な所有権取得構想を展開する。これらの構想は、所有者不明土地問題に対する対応策として、可能なものであるし、かつ、必要なものであろう。

しかし、ここでは、これらの構想については深入りせずに、石田論文のオリジナリティが示されている受け皿機関に関する検討、より具体的には、日本型ランドバンク構想を取り上げることにしたい。

(b) 前提的認識

まず、この構想の具体的内容に入る前に、石田構想の前提となっている認識を何点か確認しておくことにしたい。

(1) 受け皿機関に関する基本的考え方

民法 239 条 2 項は、無主の不動産の国庫帰属を定めるが、ここでの国庫が具体的に意味するのは、財務省理財局である。石田論文は、この考え方に疑問を提示する。すなわち、財務省は、本来、国土を管理する機関ではなく、金銭や金融資産を対象とする官庁である。そうであれば、財務省が窓口である限り、管理上の金銭的な財政負担を避けようとする意識が働くのは無理もない。法制審議会の「中間試案」における土地所有権放棄の要件設定も、財務省理財局のガイドラインを意識しているように思える。国民が活用しきれなくなった土地の受け取り窓口は、土地を土地として再生活用することを目的とする機関が担当すべきである。たとえば、国土交通省の中に新設することである。また、欧米諸国のように、国が受け入れた土地の第一義的帰属機関を、その土地の管轄市町村として、その自治体の土地活用政策に当てはめて再活用するというスキームとセットにすることが考えられる。

財務省が無主の不動産の国庫帰属の窓口であることの問題性は、指摘されてみればまことにその通りである。しかし、あまり指摘されることがない貴重な指摘だと言うべきである。

(2) 活用プランとのリンク

石田論文は、国民が必要としなくなった土地を受け皿機関が受け取った後、それをどのように活用しうかが重要であることを強調する。これもその通りである。注目すべきは、石田論文が、従来型の開発利用だけが土地の活用法だとする考え方からは否定的な答えしか出てこないとして、良質で安価な住宅開発によって人口を誘導したり、時には自然公園に戻したりして行政サービスの効率化を図るなどの方向を明示的に提示していることである。この観点は、所有者不明土地問題への対応策を講じる上できわめて重要である。土地の過少利用を契機とする所有者不明土地問題に対応するために、過剰利用の方向を向いた土地の利活用を求めても、それは、現実的ではない。過少利用それ自体に価値を認める方向も志向する必要が

²³ 石田は、この方向での議論を早くから提示していた論者である。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) 39 頁以下参照。

ある。石田論文が説く「自然公園」への復帰は、まさにそのような志向性を内在させたものである。

もっとも、過少利用からの脱却もまた、状況によっては目指す必要がある。その場合には、伝統型の規制ではなく、誘導が必要になるであろうことは、前述した。この方向での活用プランとのリンクの具体的あり方は、今後さらに深化させる必要があるであろう。

(3) 建物の解体費用

石田論文はまた、建物付きの土地を国等が引き取る場合の建物解体費用の問題を検討している（石田論文は、これを「原状回復問題」と記述している）。結論的には、これを行政が負担すべきというのが石田論文の提起である。あまり指摘されることのない論点であるが、解体費用所有者持ちで、建物解体後でなければ土地を引き取らないというのでは、土地所有権の放棄に積極的姿勢を取っても、それは事実上空文に帰すであろう。この論点を提示したこと自体、石田論文のメリットである。しかし、他方で、その財政負担の問題をどうするかは、悩ましい問題である。早期に荒廃状態を取り除いたほうが、中長期的に見て負担が少なくてすむという認識をどれだけ共有できるかが鍵になるであろう。

(c) 日本型ランドバンク構想の内容

以上を踏まえて、石田論文における日本型ランドバンク構想の内容に移ろう。そのポイントは、実現できるマスタープランを策定し、実行する機関に引き取り手のない土地を集約するということに求められる。マスタープランについては先に紹介したので、以下では集約機関に絞って石田構想を見てみよう。

(1) 前提として、国民から持ち込まれる土地の受け取り機関は、管轄市町村が想定されている。その上で、受け取った土地をマスタープランごとに分け、それぞれの土地管理機構に移管する。

① 農地の場合には、既存の農地中間管理機関の活用が可能である。もっとも、既存のこの機関には、あっせん機能はあるが受け皿機能はない。そこで、農地に関しては、いったん市町村のランド

バンクに移管し、農地中間管理機関に委託する農地と、市町村のマスタープランに沿って再生する農地に振り分ける方式が現実的だとされている。

② 日本の国土の約 7 割を占める山林については、まず、その経済的活用だけでなく、保全的活用を実現しないと国土そのものにかかわる問題となるという認識が表明される。その上で、平地の土地と同じ発想で分筆し、細分化すること自体の問題性が指摘される。そのような認識を踏まえて、国民から受け取った土地を林野庁などが管轄の山林版のランドバンクに移管し、計画的に活用に信託法理によって活用・管理してもらうようにするスキームを早急に設けるものとされている。

③ 河川浸水想定地区における土地については、流通市場における処分は、事実上困難である。したがって、これらの地区における引き取り手のない土地については、行政が積極的に受け取り、将来の災害に備える環境づくりに活用すべきである。これらの土地については、国土交通省内の河川対策の専門機関に一括移管して、将来の災害に備える活用を実現すべきである。また、土砂災害や軟弱地盤などについても、ランドバンク制度は有効である。

④ その他の土地で市町村が受取りを決定した土地については、すべて各市町村の管轄ランドバンクに移管する。それらは、人口動向に見合った都市計画を実現するための用地としてストックされる²⁴。

(2) 市町村からランドバンクに移管された土地について、ランドバンクは、市町村が事前に策定したマスタープランに沿って、適切な活用者にあっせんしていく。一定規模の土地は、マスタープランに沿った活用を条件として、民間企業に売却することも可能とする。

また、それらの土地を公共事業に活用することは当然にありうる。その場合の公共事業の中身も、

²⁴ 石田論文においては、本稿では紹介を省略するが、文化財的建築物、区分所有建物の放置住戸、災害等復興対策などについても、ランドバンク活用の可能性が指摘されている。

人口減少社会の下では変わることには注意しなければならない。従来型の道路・住宅の建設だけではなく、構造物を解体して自然公園に戻す（緑地化する）ことも、重要な公共事業になるのである。

(3) 以上のような石田構想は、細部の制度設計については、なお多くの検討すべき点を残している。たとえば、市町村からランドバンクへの土地の移管については、一方では、ここでいう移管は、「信託する」と言う意味だとされる。つまり、市町村が委託者兼受益者で、管轄ランドバンクが受託者になる。信託目的は、マスタープランである。このようにして、管轄ランドバンクによる再生活用の仕方がコントロールされることになる。他方で、ランドバンクが適切な活用者にあっせんしていく際には、上記のように、民間企業への売却も可能とされる。この2つのスキーム間で平仄が合っているのか、なお検討を要するようと思われる。

このような検討課題が残っているとはいえ、石田構想は、人口減少社会への移行を明確に念頭に置き、その下での土地の有効活用を実現するためのランドバンクを核とした骨太のスキームを描いている。とりわけ、多元的な受入機関構想は、斬新である。そこには、多くの示唆が含まれていると言わなければならない。

2 共有制度の改革

(1) 問題状況

現在進行中の法制審議会における民法物権法改正の検討において、共有制度の改革は、重要な位置を占めている。その内容は、法制審議会の「中間試案」によれば、「通常の共有における共有物の管理」と「通常の共有関係の解消方法」との2つの大項目に分けられ、前者については、「共有物の管理行為」「共有物の管理に関する手続」「共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法」など7項目が、後者については、「裁判による共有物分割」および「所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等」の2項目が検討の対象になっている。

もっとも、これらの項目においては、所有者不

明土地問題（共有に即して言えば共有者不明土地問題）への対処が直接的に目指されているわけではない。全体としては、共有者間の利害を調整しながら、共有物の有効な利用・管理を実現するための規律を合理化するという発想が基本となっている。共有物の有効な管理が確保されれば、それは、管理不全の予防として機能するであろう。また、管理事項の決定の際に所在不明共有者がいると管理のための意思決定に困難が生じるので、その合理化を図ることなども検討されている。たとえば、所在不明共有者を想定して、公告をしてもなお確答がない場合には、所在不明共有者の持分を議決から外すことを認めるなどである。

共有地の全体が管理不全状態に陥り、一定水準を超える負の外部性を発生させている場合には、共有地についても単独所有地の場合に可能な所有権制約措置を講じることが可能だと考えなければならない。たとえば、法制審議会において創設を検討されている管理不全土地に関する裁判所の管理命令制度は、共有地についても適用可能なものとする必要がある。そして、このような考え方が他の制度を含めて行き渡るならば、共有者不明土地問題は、所有者不明土地問題に解消され、独自の論点を提示しないことになる。

(2) 山城論文における共有者不明土地問題

(i) 所有者不明土地問題と共有者不明土地問題

山城論文の基本的問題意識は、所有者不明土地問題との比較において、共有者不明土地問題にはどのような特殊性があるのか、というものである。上記のように、負の外部性を発生させる管理不全がある場合には、それへの対応策の次元において両者が基本的に同一だとするならば、共有者不明土地問題の特殊性は、どこに求められるのであろうか。

山城論文によれば、先にも触れたが、所有権への制限を正当化するのは、他者に「迷惑」をかけるような所有権行使は許されないという原則である。換言すれば、負の外部性を発生させる行為の禁止である。この「迷惑」が意味するのは、所有権の場合には、他者による財産権の行使に制約を

生じさせることである。これに対して、共有者間の場合には、「迷惑」は、他者による財産権の行使を制約することではなく、財産権の行使・不行使の結果を他者（他の共有者——吉田による注記）に転嫁することによって生じる。共有物を使用する共有者に管理不全がある場合には、第三者（共有者以外の第三者——吉田による注記）との関係では総共有者が責任を負わされるのである。一種の「しわ寄せ」である。この「しわ寄せ」の回避が、共有持分権制限の内容となる。

共有持分権の場合にも、共有者以外の第三者との関係においてその行使を制約される根拠は、単独所有権と異ならない。しかし、共有者間において他の共有者との関係において共有持分権行使に制約を加えられる根拠は、山城論文が指摘するように、たしかに単独所有権とは異なる。そもそも単独所有権の場合には、「しわ寄せ」が生じる余地はないから、それは当然でもある。

（ii）共有持分権制限のあり方

山城論文は、所有者不明土地問題に対応するための所有権の制限を、先に紹介したように、①権利行使の制限、②使用収益権の設定、③権利帰属の変更の3つのレベルに整理していた。この整理を、共有の場合にも適用しようというのが、山城論文の発想である。その大前提には、共有持分権＝所有権というテーゼがある。したがって、所有権の排他性を基軸として所有者不明土地問題への法的対応を分析して得られた点は、基本的には持分権についても妥当するのである。

しかしながら、その上で、共有者間においてこの3つのレベルで問題を分析すると、そこには、所有権とは異なる状況が現れる²⁵。

（1）権利行使の制限

まず、権利行使の制限については、山城論文は、共有者の一部（Aとする）が他の共有者（B、C

とする）との協議を経ることなく単独で共有物を使用するケースを取り上げる。問題は、共有物を使用するAによる使用＝管理が不全状態に陥った場合に、他の共有者B、Cにはどのような手段が認められるか、である。

ひとつには、保存行為がある。BまたはCは、保存行為を自らの責任と権能で行うことができることに問題はない。このようにして、Aの使用に介入して、管理不全への一定の対応が可能になる²⁶。

もうひとつは、Aの使用を停止させ、BまたはCの利用に移すことである。この問題については、著名な判例（最判昭和41・5・19民集20巻5号947頁）があり、多数持分権者であっても、少数持分権者に対して、当然にその明渡しを請求することができないとしている。明渡しを請求するためには、「その明渡しを求める理由を主張し、立証しなければならないのである」。問題は、この明渡しを求める理由とは何であるかである。共有物の管理に関する事項として、BおよびCが持分の過半数で（252条）、たとえばBが使用することに決定した場合に、Aに対する明渡しが可能になると考えるべきであろうか。学説は、肯定説が多数かと思われるが、否定説も有力である。法制審議会は、この点に関して、肯定説に立つ改正提案を提示している（「部会資料40」2(1)②）。この改正案が実現すると、BおよびCは、Aに対する明渡し請求を行う可能性を認められることになる。このようにして、所有権の場合とは異なる形での管理不全への

²⁵ 以下は、山城論文から出発しつつ、私なりにその論旨を再構成したものである。山城論文の論旨には、私にとって理解が容易でないところもあり、再構成が過度なものになっていないかをおそれる。山城論文の正確な理解については、直接に山城論文を確認されるようお願いしたい。

²⁶ 山城論文には、保存行為の主体をAと考えているような叙述もある。「（共有物を単独で使用する）一部の共有者（＝A）がした行為が、保存行為に当たる場合」（丸括弧内は吉田の補充である）というような問題設定がなされているのである。しかし、そのような問題設定は、Aによる管理不全状態への対応という観点からは、意味がない。他方で、その直後に、「共有物について管理不全状態が生じ、第三者に対して危害を生じさせるような状況において、その発生源を除去する行為は、保存行為として、各共有者が自らの責任と権能においてすることができる」との記述もある。ここでは、Aによる管理不全状態に対するBCからの対応も射程に入っている。このような点も踏まえて、山城論文の趣旨は、本文記載のところにあると考えておきたい。

対応が可能になる²⁷。

(2) 使用収益権の設定

次に、使用収益権の設定である。単独所有権における第三者に対する使用収益権設定の問題は、共有関係においては、共有物の管理を定める 252 条の解釈問題として現れる。問題は、共有者間での管理に関する決定に基づいて A が共有物を使用している場合の法律関係である。法制審議会の検討においては、この法律関係を契約に基づく利用関係（賃貸借や使用貸借）と見ることが否定されている。しかし、そのような見方には疑問の余地がある。この法律関係は、対価支払いの有無に応じて、使用貸借または賃貸借に準じた保護が与えられるべきである。これが山城論文の基本的発想である。

この問題把握は、まことに正当なものとする²⁸。「中間試案」は、共有者間の協議に基づいて共有物を A が利用する場合においてそのような管理事項の定めを変更するときは、それが A に「特別の影響」を及ぼすべき場合であれば A の承諾を得る必要があるという規律を提案している。しかし、上記のような山城論文の発想からすると、このような規律は適切ではない。A の保護は、あくまで利用関係の法的性質に応じてなされるべきである。それが賃貸借であり、借地借家法の適用があれば、A の保護は、そのような契約と特別法に基づいて規律されることになる²⁹。

このように考えると、A の利用権が賃貸借に基づくものであれば使用貸借に基づくものであれば、A の下で管理不全状態が生じている場合には、B と C には、A との賃貸借または使用貸借を A の用法違反を理由として解除するという対応策が与えられる。B C は、管理事項に関する決定として、A との契約を解除するという意思決定を行い、それに基づいて A に対する解除の意思表示を行うことになる³⁰。

(3) 権利帰属の変更

最後に、権利帰属の変更である。この論点については、まず、共有物分割に関する法制審議会における改正案の検討は、「現物の平等」から「価値の平等」への共有物分割の柔軟化を進める判例の進展を是認する方向で進んでいる。これは、山城論文の評価によれば、土地の負財化への対応として一貫した態度であり、支持すべきものである。それは、現物分割の負財化の要因のひとつである土地の細分化を回避する性格のものだからである³¹。

中間試案は、共有者を知ることができない場合、またはその所在を知ることができない場合について、その共有者の共有持分を取得することを可能にする規律の導入を提案する。その上での論点は、当事者の請求のみによって持分移転の効果が生じるものとするか、判決によって持分移転の効果が生じるものとするかである。これは、現行法の規律に即して言えば、253 条 2 項（共有物管理費用等の負担の不払いがある場合の、他の共有者によ

²⁷ 山城論文の共有関係における「権利行使の制限」の項目は、本文記載の昭和 41 年最高裁判決および A の B、C に対する不当利得返還を認める最判平成 12・4・7 判時 1713 号 50 頁の下で「共有物の適法な使用による持分権の違法な侵害」が生じているとの指摘だけを内容としており、本文のその先は、山城論文の次の項目である「管理権の分配」で扱われている。したがって、本文のまとめは、山城論文の再構成である。

²⁸ 私もそのように考えていることについては、吉田克己「第 249 条～第 255 条（共有の内部関係）」吉田編著・前掲注(15)の中の第 252 条【追記】2 (2) を参照。

²⁹ 中間試案の立場を採用すると、A の利用関係の否定は、A に「特別の影響」を及ぼす場合と捉えられるはずであるから、そのためには、A の同意が必要ということになる。これは、事実上、当初約された期間中であれば、A の利用態様がどのようなものであっても、それが管理不全をもたらしているようなものであっても、A の利用

関係の否定ができないということに帰する。それは、A の保護に偏した解決であろう。以上の評価は、私の補充である。なお、中間試案の「特別の影響」は、建物区分所有法を参考にしたものと考えられる。この点については、「中間試案では、区分所有法における『特別の影響』の理解が不十分なまま、安易な提案がなされている」との痛烈な批判がある。伊藤榮寿「共有法改正の根拠と限界（上）」法時 92 卷 4 号（2020 年）91 頁。

³⁰ この段落の以上の記述は、私の補充である。

³¹ 山城論文は、この点に関連して、「アンチ・コモンスの悲劇」に関する高村学人の議論を紹介・検討している。この議論は、全面的価格賠償のメリットを根拠づけるものとして説得的である。なお、この議論には、日本の所有者不明土地問題の根底に土地の細分化を見る石田論文の観点とも通底するものがある。

る持分取得)と同様に共有者の請求のみをもって足りるとするか、256条(共有物分割請求。そこでの全面的価格賠償)のように形成判決を得る必要があるとするかの問題である。山城論文の評価によれば、上記の提案は、256条と問題状況が類似している。したがって、裁判による共有物分割と同様に、裁判所の関与の下で行われるとみることが合理的である。山城論文のこの論旨は、説得的であろう。

(4) 以上のように、山城論文は、共有者不明土地と管理不全共有地への対応策を共有関係の法理論的分析に依拠しながら検討している。それは、ともすれば必要性の論理に傾斜しがちな法制審議会における議論を補完するものとして、貴重な意味を持っている。

山城論文はまた、そのむすびの部分で、土地が公共財であることを強調する。そして、市場取引の需要を喚起しない土地でも、環境保全、災害対策等の公共政策の実現にとって重要な意味を持ちうることを指摘している。この観点は、現在の政府レベルの所有者不明土地問題対策にはともすれば欠けがちなもので、これも貴重な意味を持っていると言うべきである。

3 管理不全問題と相続法

(1) 問題の所在

(1) 今日の所有者不明土地問題は、管理不全問題と不可分に結びついている。管理不全問題は、相続が契機となって生じることが少なくない。戦後の成長経済の中で、多くの若者が故郷を離れて大都市に職を求め、その近辺に居住することになった。このようにして被相続人と離れて居住する相続人は、多くの場合には、故郷の負財化した相続財産の管理にも、その承継にも関心を示さない。相続を契機に、相続財産は放置されることになる。そのようにして、相続財産の物理的管理不全が生じ、さらには法的な管理不全である所有者不明土地が生じてくる³²。

それでは、現在の相続法は、このような事態に対応することができているであろうか。また、その対応を可能にするためには、どのような方向での改革が必要となるのであろうか。吉田論文は、相続財産管理論と遺産分割促進論という2つの観点からこの問題にアプローチする。

(2) 先に触れたように、石田論文の認識によれば、現代日本の所有者不明土地問題の根底には、世界に類を見ないほどの物理的細分化と権利的分散化の進行という現象がある。権利的分散化が意味するのは、「相続開始による事実上の所有者不在状態の発生とその長期化」である。この間、遺産である不動産が使用されず放置されており、その期間が長期化しているわけである。この長期化の中で次の相続が発生し、さらに所有関係が複雑になっている。

石田論文は、このような問題に対応するための「新しい不動産相続のカタチを考える」ことをその課題として設定する。その中心に置かれるのは、相続開始から承継者確定までの遺産の代理管理制度の創設である。

(2) 相続財産管理論と遺産分割促進論

(i) 統一的相続財産管理制度の創設

(a) 現行法における相続財産管理制度の特徴

まず、相続財産管理論に関して、吉田論文は、現在進行中の法制審議会における民法改正作業を検討の中心に据えている。そして、法制審議会の作業をフォローする前提として、現行法における相続財産管理制度の概要をまとめている。吉田論文によれば、その特徴は、次のような点に求めることができる。

(1) 日本民法における相続財産管理の原則は、あくまで相続人管理である。家庭裁判所によるこの領域における介入(家庭裁判所による相続財産管理人の選任)は、弱いと言わざるをえない。それは、日本民法における管理不全対応が弱いということに他ならない。

³² 改めて言うまでもないが、以上は、管理不全や所有

者不明土地問題が発生してくる、主要ではあるがひとつのシナリオに過ぎず、これらの問題が発生するプロセスは多様である。

(2) 具体的には、遺産分割に向けての管理については、承認か放棄かを定める熟慮期間中については、家庭裁判所による相続財産管理人選任の手続が定められている。しかし、最も重要な段階である単純承認から遺産分割に至る過程に至ると、家庭裁判所による相続財産管理人選任の可能性が認められていない。相続財産管理は、単純承認によって確定的な権利者となった相続人が行うべきものとされるのである。相続人による管理が不全状態に陥った場合の対応策は、考えられていない。この点が、管理不全対応という観点から見た日本相続法の大きな弱点となっている。

(3) 相続財産清算を前提とする限定承認や財産分離における管理については、管理人選任の可能性は、遺産分割に向けての管理よりも広く認められている。相続人不存在ケースでは、相続財産管理人が選任され、管理人によって清算手続が行われる。しかし、これらはいくまで清算のための相続財産管理であって、管理だけを目的とする管理人の選任は、制度の論理には入っていない。したがって、管理の観点からすると、制度が重すぎるといった問題点を指摘されることになる。

(b) 改正提案検討の概要

法制審議会が公表した中間試案は、4つの事項に関する改正の考え方を提示している。①相続人が数人ある場合における遺産分割前の相続財産管理制度、②相続人のあることが明らかでない場合における相続財産の保存のための相続財産管理制度、③民法第952条以下の清算手続の合理化、④相続放棄をした放棄者の義務、である。①と②については、その後の検討において、まとめて「統一的相続財産管理制度の創設」が提示されるようになっている。③と④についても改正案の検討が進んでおり、吉田論文はこれらの検討も行っている。しかし、管理不全対応策としての意味は、③と④についてはそれほど大きくないので、ここでは、管理不全対応策として重要な意味を持っている「統一的相続財産管理制度の創設」だけを取り上げる。

(c) 統一的相続財産管理制度の内容

(1) 統一的相続財産管理制度のモデルとなるのは、熟慮期間中の相続財産管理制度である918条2項である。その上で、単独相続における限定承認の場合の相続財産管理人(926条2項による918条2項の準用)、共同相続における限定承認の場合の相続財産管理人(936条3項・926条2項による918条2項の準用)、相続放棄をした者がいる場合に選任された相続財産管理人(940条2項による918条2項の準用)も、統一の対象として挙げられている。

これらの制度をまとめる形で、家庭裁判所は、利害関係人または検察官の請求によって、いつでも、相続財産の保存に必要な処分を命ずることができるという改正構想が提示されている。必要な処分の典型は、相続財産管理人の選任である。ポイントは、「いつでも」というところにある。すなわち、現行制度においては、単純承認までに限定されている家庭裁判所による相続財産管理人の選任可能な期間を(918条1項、2項参照)、遺産分割時まで延長しようとする趣旨である。

(2) 管理人は、保存行為および管理の目的である物または権利の性質を変えない範囲内において、その利用または改良を目的とする行為をする権限を付与される。その範囲を超える行為たとえば処分行為を必要とするときは、家庭裁判所の許可を得てそれを行うことができる。要するに、制度統一によって創設される相続財産管理人は、103条の権限を認められる保存利用型管理人である。管理人は、善良な管理者の注意をもって、その権限を行使しなければならない。基本的には第三者による財産管理であるから、善管注意義務が課されるのは当然である。

(d) 統一的相続財産管理制度の評価と正当化

吉田論文によれば、以上のような内容を持つ統一的相続財産管理制度には2つの側面がある。第1は、相続財産管理制度の拡充であり、第2は、その内容の統一化である。

(1) 前者の拡充は、日本相続法における制度欠落を補充するもので、基本的には望ましい改正である。

従来の基本的考え方は、単純承認以降は、相続人が確定した権利を取得していることから、相続財産の管理は、相続人が行うべきものとするところにあった。改正構想は、この考え方を大きく変更することになる。そこで、そのような変更の正当化根拠をどこに求めるかが問題となる。

今回の制度改正の大きな動機は、荒廃しつつあるような不動産がある場合の対応を図るところにあるとされている。ここでは、負の外部性への対応が図られるわけである。負の外部性は、相続人の管理の自由を制約する介入を正当化する根拠になる。相続債権者の利益保護も、負の外部性対応という観点から捉えることによって、正当化が可能になろう。そうであるとすれば、この改正が実現した場合の家庭裁判所の判断基準も、負の外部性の存否、その程度を軸に設定すべきである。

(2) 後者の統一化に関しては、統一的に設定される管理人の権限をどのように考えるかが問題となる。現在の改正構想は、民法 103 条の権限を認められる保存利用型管理である。遺産分割までの相続財産管理は、基本的には、保存行為に限定された保存型管理が望ましい。保存利用型管理が制度化されても、この基本を踏まえた運用が期待される。また、家庭裁判所の許可を得た上で処分権限も認められる。これは、一般的には行き過ぎであるが、保存費用調達目的のような必要かつ相当な処分は認められるべきである。このように限定した形での運用が期待される。

(ii) 遺産分割促進論

(a) 現行制度の問題点

吉田論文の第 2 の検討課題は、遺産分割促進論である。法制審議会における改正作業の中で、現行の遺産分割制度に関して次のような問題点が指摘された。遺産分割が長期間にわたってなされず、遺産に属する土地が被相続人名義のまま放置されるという事態が生じている。そうすると、証拠等が散逸して、遺産に属する財産の範囲や特別受益や寄与分があったかなども、的確に把握することが容易ではなくなる。このようにして、遺産分割の円滑な実施が困難になる。このように遺産分

割未了状態が長期間継続する中で、財産の法的管理不全を意味する所有者不明土地が生じていく。そのような事態はまた、物理的な管理不全と結びつくことも多い。

(b) 改正構想の変遷と現時点の改正構想の評価

この遺産共有状態の長期化という問題点に対処して遺産分割を促進しようとする構想は、今回の改正事業の初期の段階から提示されていた。しかし、その内容に関しては、大きな変遷がある。

改正案検討の初期には、遺産分割に関する期間制限を導入するという構想が提示された。一定期間内に遺産分割がない場合には、法定相続分に従って遺産の分割がされたものとみなすというような構想である。しかし、この構想については反対が多く、その後は、具体的相続分の主張に期間制限(10年間)を設けるという考え方に改められた。期間経過後は、法定相続分に基づく遺産分割手続が行われることになる。

具体的相続分主張に関する期間制限という構想は、日本相続法の基本的考え方に大きな変更を加えるもので、相続法学に重要な理論的課題を突きつけるものである。具体的相続分は、日本相続法において、相続人間の実質的平等と公平を確保するための核心的制度だからである。

しかし、管理不全対応という観点から見ると、その実効性は、不透明である。改正によって、早期の遺産分割へのインセンティブが増大し 10 年の期間経過前に遺産分割が促進されるのか、定かではないからである。また、10 年の期間経過後、具体的相続分の主張の制限によって遺産分割が容易になり、遺産分割が促進されるのかも定かではないからである。さらに言えば、遺産分割が実行されたとしても、それが直ちに管理不全土地への対応策になるのかも定かではない。結局、管理不全問題への相続法による対応としては、(i) で見た統一的相続財産管理制度が重要であるというのが、吉田論文の評価である。

(iii) 制度の実効的機能について

吉田論文によれば、管理不全問題への対処策として期待される統一的相続財産管理制度が実効的

に機能するためには、2つの課題に向き合う必要がある。

(1) 相続財産管理人制度は、その選任請求がなければ動き出さない。この選任請求のインセンティブを、どのように確保するかが問題である。管理不全状態にある相続財産は、負財化していることも多く、相続債権者などの利害関係人に管理人選任の請求を期待することは難しい。そこで、地方公共団体の長などの請求権を認めて、それを活用することが考えられる。現在でも、地方公共団体の長は、固定資産税の滞納がある場合などには、利害関係人としての請求が認められている。これを拡大して、地方公共団体にとって管理不全土地対応の必要性がある場合には、その長の請求を認めるという方向を採用するということである。

(2) もう1点の課題は、管理費用負担の問題である。相続財産負担が基本的考え方であるが、負財化した相続財産では、これが難しい。費用負担に関しても、公的支援を考える必要がある。もちろん、相続財産負担という原則自体を変える必要はない。しかし、最終的支えとして公費負担の可能性を考えておかないと、管理不全土地対応は十分なものにはなりえないであろう。

公費負担の根拠は、管理不全土地対応の持つ公共的な性格である。この公共的性格という認識をどれだけ共有しうるかが、この政策を現実のものとするか否かの鍵を握ることになる。

(3) 日本の相続法においては、比較法的に見ても、その処理のためのインフラストラクチャー整備における不十分性が顕著である³³。そのために、制度が十分に機能しないことが少なくない。統一的な相続財産管理人制度も、このままでは、そのような事態に新たな例を付け加えることだけのものになりかねない。反対に、ここでの公的介入・公的支援を適切に組み立てることができるならば、それは、日本相続法の構造的弱点を克服する第一歩になりうるであろう。これが、吉田論文の「むすびに代えて」における問題提起である。

³³ この問題点は、近時、しばしば指摘される。注(5)に挙げた文献を参照。

(3) 特定遺産代理管理制度の提示

(i) 石田論文の問題意識

吉田論文が法制審議会における制度改正の提案を検討の中心に据えていたのに対して、石田論文は、先に触れたように、より広い視野から「新しい不動産相続のカタチを考える」ことをその課題として設定し、その中心に、相続開始から承継者確定までの遺産の代理管理制度の創設を据える。

その基本的認識によれば、日本法は、相続開始と同時に法定相続人の順位に従って、暫定的にはあるが、相続人全員に相続権が発生するとしており、したがって、遺産分割が完了するまでの所有権は、事実上、宙に浮いたままの状態、つまり、一種の「無主状態」になる。この「無主状態」の長期化が、放置空き家や所有者不明土地問題のひとつの要因になっている。したがって、相続開始後できるだけ早期に、遺産を管理および処分できる状態にする必要がある。これに対して、法制審議会における検討は、「遺産共有」から「物権的共有」への移行を図ることが問題解決への早道と考えているようであるが、それに対しては、反対せざるをえない。そのような「解決」は、かえって権利的分散を促進することになるからである。

石田論文においては、このように、遺産共有を一種の「無主状態」と捉えるというユニークな理解を基礎に、第三者による特定の遺産管理制度の必要性が導かれる。比較法的知見も援用され、ここでは、遺産共有という一種宙に浮いた状態だからこそ、第三者が被相続人や相続人に代わって適切な管理や処分行為ができるチャンスと捉える考え方が世界には多い旨が指摘されている。

(ii) 特定遺産代理管理制度の導入その他

(a) 相続開始の登記情報への公示

石田論文は、相続開始後の「無主状態」への対応策として、まず、登記情報への公示によって当事者に相続が開始したことを公示するという方策を提示する。「死亡の付記登記」である。この手続については、相続人からの申請ではなく、戸籍への死亡届と連動させるという考え方が提唱される。各役所から法務省（法務局）に通知が行くという

仕組みである。相続人が被相続人の不動産所有を把握しているとは限らないこと、他方で、不動産財には公共の福祉への影響があることを踏まえた制度設計である。

(b) 特定遺産代理管理制度の導入

次に、遺産共有の状態になった不動産財について、一定期間が経過しても次の承継者が確定していない場合には、不動産の管理制度を考えるものとされる。そこでは、遺産共有の状態で長く放置されている事案に対し、一定期間を区切って強制的に物権共有にしてしまうのではなく³⁴、遺産共有だからこそ相続人に代わる第三者の管理人を選任できるという発想を持つべきであることが強調されている。このようにして、たとえば、相続開始から一定期間（たとえば2年）が経過しているにもかかわらず、次の承継者による登記申請がなされていない場合には、実際に当該不動産の管理・活用がなされていないことを確認したうえで、管轄自治体が自らの費用で裁判所に当該不動産に限る遺産管理人の選任を申し立てることができるという制度を創設することが提案される。

この制度は、特定の管理不全不動産を対象にする点で、吉田論文が検討した統一的相続財産管理制度という法制審議会の改正提案とは異なる。この制度は、むしろ、法制審議会において現在検討されている制度としては、管理不全土地管理制度および管理不全建物管理制度と狙いを共通にするものと考えられる。しかし、法制審議会のこれらの制度は、管理不全によって自己の権利または利益を侵害される第三者——典型的には隣人である——から申し立てられる財産管理制度である。これに対して、石田論文における構想は、公共主導型で、将来の公共による不動産取得もにらんだ制度になっている。両者の問題意識は、大きく異なっているというべきである。

この財産管理制度における管理人としては、遺産の一部である不動産財の管理であることを考慮すると、不動産やマスタープランの内容に詳しい

管轄ランドバンクそのものを管理人として選任することも考えられるとされている。

(c) 管理プランと公的不動産取得

この財産管理制度による不動産財の管理のためには、その指針としてのマスタープランが必要である。これに関しては、日本型ランドバンク構想と一致させるべきで、その地区における土地活用マスタープランを管轄自治体が策定し、そのプランに沿って対応することが合理的である。このようにして、放置不動産を単に保全管理するだけでなく、積極的にマスタープランに沿って占有し、活用することにつなげていくことが要請される。これに対して、所有者や相続人が当該不動産に関心を示す行動を起こさない場合には、市町村または国が時効取得できる制度³⁵を考える必要もある。この時効の成立期間としては、ランドバンクが占有を開始してから20年は長すぎる。ランドバンクが占有を開始してから5年、相続開始から10年程度が望ましいというのが、石田論文の認識である。

管理不全状態にある個別の相続財産を、まずもってランドバンクによる公的な財産管理の対象にしてその保全と利活用を図り、さらにはランドバンクの取得につなげていくという構想は、きわめて興味深いものである。この公的介入志向型の管理不全対応策は、大きな方向として支持しうるものであろう。管理不全問題への対応に、さまざまな形で公的介入・公的支援が不可欠であることは、これまでの検討においても、たびたび指摘しているところである。

しかし、そのための手法として、取得時効を用いるという点は、なお検討の余地があるように感じる。ランドバンクの占有は、管理のための占有で、これが他主占有であることはほとんど自明であり、取得時効の基礎にはならないからである。取得時効を可能にするためには、他主占有から自主占有への転換（民法185条）が必要である。し

³⁴ これは、法制審議会の考え方に対する批判である。

³⁵ 石田論文は、このように「市町村または国」の時効取得を語っているが、占有主体はランドバンクであるので、時効取得を問題にするのであれば、ランドバンクによる時効取得を語るべきであろう。

かし、これが現実に認められるのは、なかなか難しい。むしろ、一定の手続を尽くした上で所有権放棄を擬制する（みなし放棄制度）などの方策のほうが、現実的ではないだろうか。

4 新しい不動産登記制度のあり方

(1) 相続未登記問題と問題への対応

所有者不明土地問題をもたらししている大きな要因のひとつに相続未登記問題があることは、早くから指摘されていた。したがって、この問題に対処することは、所有者不明土地問題への実効的な対応策になるはずである。

(i) 相続登記のインセンティブ喚起

石田論文とは別に、そのような観点からのこれまでの対応策を整理しておく、相続登記のインセンティブを喚起するための措置がまず講じられた。その最初の方策は、法定相続情報証明制度で、この制度は、2017年5月からすでにスタートしている。また、登録免許税の減免策も、それほど大規模なものではないが、実施されている。さらに、民法相続法の2018年改正によって実現した、相続による権利承継で法定相続分を超える部分については第三者対抗要件として登記等を要求するという措置も（民法899条の2第1項）、相続登記へのインセンティブ喚起という意味を持つ。

これらのインセンティブ喚起策については、特に異論のないところであろう。この措置については、さらなる積極的な推進が期待される。

(ii) 相続登記の義務化

しかし、問題は、これだけで十分かということである。このようにして、さらに強力な措置を講ずべきではないか問題となる。このような文脈において、相続登記の義務化構想が、議論のかなり初期の段階から提示されていた。しかし、この構想については、積極的推進論も有力であった反面、慎重論も少なくなかった。私的自治への介入になるからである。

この論点は、法制審議会の検討においても取り上げられている。最新の構想は、「部会資料 38」（2020年8月4日の第16回会議で配布）で示さ

れている。そこでは、相続による登記、特定財産承継遺言による登記、相続人である受遺者の権利取得の登記の申請を、当該不動産取得の事実を知った日から一定期間内に（1年、3年、5年の3案が並記されている）行うべき公法上の義務が定められている。この違反には、過料が科される（以上、第1の2(1)、(2)）。

他方で、この相続登記申請義務の実効性を確保するための方策として、「相続人申告登記」という新しい制度が提案されている。所有権の登記名義人の法定相続人は、登記官に対して、所有権の登記名義人に対して相続が開始したこと、および自己が当該所有権の登記名義人の法定相続人であることを申し出ることができる。この申出を受けた登記官は、申出があった旨ならびに申出をした者の氏名および住所等を、職権で当該所有権の登記に付記することができる（以上、第1の2(3)）。この登記は、所有権移転の登記ではなくて、報告の登記である（第1の2(3)（注1））。しかし、この登記の申請がなされると、相続による所有権の移転の登記の申請義務が履行されたものとされる（第1の2(1)（注1））。このようにして、この制度は、相続登記申請義務を、事実上大幅に緩和することになる。

(2) 新しい不動産登記制度に関する石田構想

石田論文は、以上のような法制審議会における議論は意識しつつも、それとは別にオリジナリティに富んだ2系列の新しい不動産登記制度構想を打ち出している。

(i) 権利分散を防止する日本版代表共有者登記制度

(a) 所有者不明土地問題と権利分散の防止

石田論文が、所有者不明土地問題の根底に物理的分散化と権利的分散化があると考えていることについては、すでに何回か触れている。このような発想からすると、法制審議会において一時期検討された、遺産分割に期間制限を設け、一定期間経過後は法定相続分での遺産分割がなされたものとみなす案は、とうてい賛成しえないということになる。それは、その内容での相続登記を強制す

ることになり、権利分散を促進するという帰結をもたらすからである。

(b) イギリスの登記制度

石田論文が権利分散を防止しうる登記制度として推奨するのは、イギリスで1925年に新設された代表共有者登記制度である。この制度においては、土地が共同相続された場合に登記情報の所有者欄に記載されるのは、相続人が多数存在するときであっても、上限4人までの代表共有者の氏名住所のみである。そこには、持分の記載はない。これらの代表共有者は、信託の受託者のような機能を果たす。すなわち、売買などの処分行為を含む対外的な手続は、この代表共有者のみの法律行為で可能となる。共有者間では、共有者の持分に応じてこの法律行為の効果が生じる。

(c) 代表共有者登記制度の日本版

石田論文は、イギリスのこの代表共有者登記制度の日本版を提案する。その基礎に据える法理は、不分割財産である不動産財の複数人による所有形態を、信託擬制あるいは法人擬制と捉えることである。

そこでは、次のようなイメージが描かれる。共有状態にある不動産に関して、代表共有者による登記申請を可能にする。登記簿上の代表共有者の上限は、共有者が何名であろうと3名までとする。対外的法律行為は、この代表共有者のみで可能とする。その効果は、共有者目録に記載された共有者全員に及び、売却代金などは、その持分に応じて分配される。また、代表共有者に相続が開始しても、その地位は相続の対象にならず、残りの代表共有者のみによって、または裁判所によって選任された追加代表共有者によって法律行為を行うことができる。

既存の登記制度の考え方からすると、大胆な構想ではある。しかし、信託を擬制すると考え、受託者とともに委託者と構成される他の共有者も同時に登記簿に記載すると考えれば、ありえない構想ではないとも評価することができるであろう。

(ii) 特定遺産代理管理制度への連動型登記

(a) 制度の構想

石田論文が提示するもうひとつの新たな不動産登記制度は、先に紹介した相続財産の特定遺産代理管理制度(本稿2(3)(ii)(b)参照)に連動する登記制度である。石田論文によれば、この内容が、いわゆる「相続登記の義務化」の中身を構成する。

まず、登記名義人の相続が開始した場合、遅滞なく死亡の事実を公示する「死亡の付記登記」を実行する。この制度については、前述している。ポイントは、相続人にその申請を期待するのではなく、死亡届と連動させて、行政主導で登記実行を図るところにある。これがその後の手続の起点となる。

この「死亡の付記登記」によって、第三者が登記名義人について相続が発生した事実を把握することができるようになる。また、相続が発生してからどのくらいの時間が経過しているかも把握することができ、相続手続の進捗状況も予測できる。ところで、石田論文が提示する特定遺産代理管理制度構想によれば、遺産共有の状態になった不動産財について、一定期間(たとえば2年間)が経過しても次の承継者が確定していない場合には、管理不全状態にあることを条件として、不動産の管理制度を考えるものとされていた。石田論文は、これに連動する登記をここで提案する。すなわち、相続開始後一定期間(たとえば5年間)内に遺産分割による相続登記がなされていない不動産について、行政を含む利害関係人が申立人となり、裁判所が選任した特定遺産管理人を付記登記で公示するものとするのである。これによって、利害関係人が登記名義人の法定相続人の調査を行う過度の負担から解放される。そして、これが相続登記義務化の内容であると把握される。

(b) 若干のコメント

(1) 以上の構想については、なお詰めるべき点もあるようにも思われる。たとえば、特定遺産代理管理制度は、実際に当該不動産の管理・活用がなされていないことが制度発動の前提になっており、特

定の管理不全不動産を対象にする制度として位置づけられている。特定遺産代理管理制度は、相続人の遺産管理権限を制約するものであるから、管理不全による負の外部性発生が介入の正当化根拠として必要とされるであろう。その意味で、この制度設計は、よく理解することができる。しかし、それは反面では、特定遺産代理管理人が選任される場合は、相続未登記ケースの一定部分しかカバーしないことを意味する。そうすると、特定遺産管理人を登記することが、相続未登記問題の対応策としてどの程度実効的であるかが問われるようにも思われる。すなわち、この措置を「相続登記義務化の内容」と位置づけることが、どれだけの説得力を持ちうるのかということである³⁶。

(2) しかし、そのような問題とは別に、ここで強調しておきたいのは、石田論文においては、相続登記義務化の内容が、相続人に対して相続登記申請を義務づけるというのではなく、登記申請を行うべき者を別の主体に移すという形になっていることである。「死亡の付記登記」については、相続人からの申請ではなく、戸籍への死亡届と連動させる、すなわち、役所から法務局への連絡が行くという仕組みである。特定遺産管理人の公示にしても、その申請は、専門的法律家や公的主体である特定遺産管理人が行うことになる。

このようにすることによって、相続人に登記申請を義務づけるよりもはるかに実効的な公示が行われることになるはずである。法制審議会における相続登記義務化論には、このような視点が欠け

ている。しかし、遺産分割プロセスに対する専門家の支援措置の構築なども含めて、相続のインフラストラクチャーの構築なくして、実効的な相続の処理はありえないであろう。石田論文からは、そのようなメッセージを読み取るべきである³⁷。

おわりに

最後に、本特集における諸論考にほぼ共通して認められる問題意識を箇条書きで示しておきたい。次の3点を挙げることができるであろう。①土地は公共財であること。②土地については、その財産的価値・商品価値だけでなく、環境・防災等の非財産的価値にも着目する必要があること。③管理不全土地への対応の実効性を期すには、公的介入・公的支援が要請されること。

これらのうち、現在政府が進めようとしている対応策において、①の問題意識は認められる。たとえば、本年(2020年)実現した土地基本法の改正にも、その点は示されている。ただし、そこでの「公共」の意味については、「お上の公共」ではなく、「市民の公共」(市民的公共性)であるという視点を堅持する必要がある³⁸。これに対して、②および③の問題意識は、稀薄と言わなければならない。現在検討されている対応策の多くは、利活用が十分可能で財産的価値のある土地を対象にしていると見られるのである。しかし、所有者不明土地や管理不全土地には、そのような可能性に乏しいものが膨大に存在していると考えられる。

³⁶ また、細かな点であるが、自治体が特定遺産管理人の選任を申し立てることができるのは、相続開始からたとえば2年経過後とされるのに対して、この特定遺産管理人を付記登記で公示しうるのは、相続開始からたとえば5年の経過後とされ、期間が異なっているのも多少気になる。この違いには、意味があるのだろうか。つまり、特定遺産管理人選任後、さらに一定期間(3年間)が経過しないとその付記登記が認められないということなのであるか。そのような制度設計が適切であるのかは問題で、特定遺産管理人選任と同時にその公示を可能にしたほうがよいように思われる。あるいは、2年や5年というのは、単なる例示にすぎず、特に意味はないということなのかもしれない。ともあれ、このような点の明確化も要請される。

³⁷ さらに付言すると、石田論文は、その最後のまとめにおいて、不動産財に関する法的スキームを民法とは切り離れた形で新たに創造することを提案している。文字通りの示唆にすぎないが、その理論的含意はきわめて大きい。民法に内在している価値や法的論理が、現代における不動産所有権や不動産利用権さらには不動産の相続にどれだけ適合的かについての疑問がそこで提示されているからである。私としては、不動産財の特殊性は十分に自覚しつつも、なお、民法は、そのような特殊性をも包含しうる柔軟性と強靱性を備えていると考えている。しかし、問題提起を受けて、この問題に真剣に向き合う必要性を感じている。

³⁸ この点については、吉田克己「第1条(基本原則) A公共の福祉」山野目章夫編『新注民法(1)総則(1)』(有斐閣、2018年)107頁以下、とりわけ129-130頁参照。

それらの土地をも意識した対応策を制度設計する必要がある。そのためには、環境・防災等の非財産的価値にも着目することが不可欠である。また、公的介入・公的支援は、民法外のさまざまな特別法の対象になることが多い。しかし、民法においても、公共的利益実現の観点が必要である。現在検討されている民法改正の検討においても、そのような観点を取り込むことが要請される。

本特集の諸論考が、以上のような作業の一助になることができれば幸いである。