### 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

# 共有者不明土地をめぐる立法論上の諸問題

早稲田大学 法学学術院 教授 山城 一真 やましろ かずま

- I はじめに
- Ⅱ 所有者不明土地問題の構図
- Ⅲ 共有者不明土地問題への展開
- Ⅳ おわりに

### I はじめに

「所有者」不明土地問題と比較したとき、「共有者」不明土地問題にはどのような特殊性があるだろうか<sup>(1)</sup>。本稿では、「民法・不動産登記法(所有者不明土地関係)等の改正に関する中間試案」(以下、「中間試案」という)によって提起された問題とその後の立法論議とを手がかりとして<sup>(2)</sup>、この問題につき、民法の観点からの考察を試みる。

この問題の考察にあたっては、共有法理に関する理解を示すことが出発点とされなければならないであろう。これについては、不完全ながらも別に論じる機会をもったが<sup>(3)</sup>、本稿では、当面の考

察に必要な点として、共同所有者は、それぞれが 所有権的権能を有する一方で、その行使は持分の 割合に応じて相互に制約されるという法的地位 (共有者たる法的地位)に立つことを確認するに とどめておく。

ところで、共有者不明土地問題への対応にあたり、中間試案は、持分権者がその権利を失い、あるいはその行使を制限される場面を拡大することを提案する。これは、持分権者が有する所有権的権能の立法による制約とみることができるが、このように、持分権に立法上の制約を課することの可否を論じる際には、「所有権」の制約に関する議論がそのまま妥当するのであろうか<sup>(4)</sup>。民法学上、持分権は、その権利としての性格においても所有権と等質の権利であると説かれており、その憲法的保障という文脈においても「共有持分権は所有権とパラレルに考えられている」と述べられる<sup>(6)</sup>。

<sup>(1)</sup> 所有者不明土地問題をめぐる民法改正論議に即してこの問題を考察する論稿として、藤巻梓「共有制度の見直し」ジュリ 1543 号 (2020 年) 27 頁、伊藤栄寿「共有法改正の根拠と限界(上)、(下)――憲法上の財産権保障の観点から」法時 92 巻 4 号 87 頁、同 5 号 131 頁 (2020年)を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>(2)</sup> これらに関する資料は、法務省ホームページ中、「法制審議会-民法・不動産登記法部会」(http://www.moj.go.jp/shingi1/housei02\_00302.html) において公開されているものによって参照する。

<sup>(3)</sup> 山城一真「共有法の基礎理論と現代的課題」NBL 1152 号 (2019 年) 38 頁。この論文は、日本私法学会第 83 回シンポジウム「不動産所有権の今日的課題」のために執筆されたものであり、シンポジウムにおける質疑の記録は、吉田克己ほか「不動産所有権の今日的課題」私法

<sup>82</sup> 号 (2020 年) 4 頁以下に収録されている。さらに、これを補充する位置づけの論文として、山城一真「共有法の基礎理論と現代的課題 (補遺)」吉田克己編『物権法の現代的課題と改正提案』(成文堂、近刊)がある。以下では、同論文を山城「補遺」と略記し、これに付された欄外番号によって参照箇所を示す。それらの拙論においては、共有者不明土地問題そのものに主題的に言及することはできなかったため、本稿では、なお不十分ながらもその不備を補いたい。

<sup>(4)</sup> こうした見方に疑念があり得べきことを示唆する指摘として、シンポジウム「不動産所有権の今日的課題」 (前掲注(3))7頁(上段)における小粥太郎教授のコメントを参照。

<sup>(5)</sup> 伊藤・前掲論文 (注(1))「下」135頁。さらに、「所有権とパラレルな共有持分権という財産権」とも説かれ

以上のことは、持分権が、財産権としても所有権 と等しい保護を享受しなければならないという理 解を含意するが、そうであれば、「共有者」不明土 地問題は、結局、「所有者」不明土地問題に帰着す べきこととなろう。

本稿は、全体としては、以上の見方がはたして 当を得たものであるかを検討することを課題とす る。そのために、次の順序に従って個別の課題に 関する検討を進める。まず、所有者不明土地問題 をめぐる議論のうち、所有権の制約という文脈に 位置づけられるものを採り上げて考察する(Ⅱ)。 次に、これを踏まえて、不明共有者の持分権の制 約の問題が、所有権の制約の問題と比較したとき にどのような特徴を示すかを、共有者たる法的地 位の二面性――所有権的権能と、共有者相互間に おける権利行使の制約――に即して考察する  $(\mathbf{II})^{\circ}$ 

#### Ⅱ 所有者不明土地問題の構図

共有者が有する権利は、単独所有権を理念型と して、その内容を参照しつつ論じられるのが通例 である。そこで、以下では、共有者を確知するこ とができない状況が生じた場合における法律関係 を考察するための前提として、所有者不明土地問 題に関する議論を追尋する。具体的には、若干の 概念整理を行った後に(1)、所有者不明土地問題 を土地の「負財」化という視点から考察すること の意義を分析し(2)、それらを踏まえて、所有権 に対する制約がどのように正当化されるかを検討 する(3)。

### 1 予備的考察

所有者不明土地問題と総称される問題群におい ては、「所有者不明」という事態に対応して、大別 して二つの問題が論じられてきたといえる。検討 に先立ち、まず、この点を整理しておくこととす

第一の問題は、所有者の存在を確知するために、

どのような調査を行うべきかである。ここでは、 一方では、自らの与り知らないうちに権利に制約 を課される可能性がある者に対して、どのような 手続保障を与えるべきかが問われ、他方では、容 易に確知することのできない所有者を探索するた めに、どの程度のコストをかけるべきかが問われ る。しかし、いずれにしても、この問題は、それ 自体として法律関係の変動をもたらすものではな く、その意味では事実問題だといえる。以下では、 これを「権利調査問題」とよぶこととする。

これに対して、第二の問題は、所有者の探索を 奏功せず、所有者に対して一定の不利益を課する こととなったときに、それがいかにして正当化さ れるかである。この場面では、かりに実体的には 所有者が存在するとしてなお、権利の不行使を理 由として不利益を課することをどのように正当化 するかが問われる。これは、まさに所有権の帰属 という法律関係に関わる問題である。以下では、 これを「権利喪失問題」とよぶこととする。

これら二つの問題は、既存の制度の枠内におい て所有者不明土地問題への対応を図る際には、不 離のものとして解決されることが少なくない。既 存の制度は、権利者に不利な権利変動を生じさせ るときには、それを正当化するための一定の手続 保障を伴うものとして設計されているのが常だか らである。しかし、あくまで論理的にみれば、両 者は区別されるものであり、所有者不明土地問題 の解決を目的とする立法においては、それぞれの 段階に対応する規律が構想されている。

そこで、本稿においても二つの問題を区別しつ つ検討を進めるが、考察の力点は、権利喪失問題 に置くこととする。その理由は、二つある。一つ は、実体法の観点からは、権利喪失問題が主要な 論点となると考えられることである。もう一つは、 権利調査問題の解決が、権利喪失問題の解決に依 存するとみられることである。権利の調査にどれ だけのコストをかけるべきかは、結局、権利の喪 失を正当化する事情との衡量によってしか決めら れないはずだからである。

#### 2 負財化論と所有権論

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して観察される。そし て、問題とされる社会の変容を記述する際には、 人口減少と、それに伴って生じる土地の「負財」 化とが意識されてきた((1))。立法論上の問題を考 察する際には、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が問われることとなろ う((2))。以下では、これらの議論の現状を検討し、 分析のための視座を定める。

#### (1) 権利客体の負財化

所有者不明土地問題を土地の「負財」化の問題として捉える議論は、この問題の実相を権利客体である土地の属性が変容したことに見出す。以下では、この議論の特徴を概観し((a))、その理路をたどるために、土地所有権の放棄に関する所説を考察する((b))。

#### (a) 負財化論の構図

所有者不明土地問題が生じた根本的な原因が、不動産がもつ社会・経済的意義の変化にあることは、多くの論者が指摘するところである(®)。吉田克己教授は、これを「不動産の負財化」という視角から説明する(®)。これによると、負財とは、「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ている」物であるとされ、「空地・空き家の中には、管理負担や税負担との関係で、財産的価値を喪失し、負財化しているものも存在している」と指摘される(®)。以上のアプローチをかりに「負財化論」とよぶとすると、それは、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、権利客体が財産的価値を有するか否か、より正確にいえば、「その物に価値を認める者が現れて」くるか否かに応じて、負財は「絶対的負財」と「相対的負財」とに区別される<sup>(9)</sup>。

ところで、このように「絶対的負財」と「相対 的負財」とを区別することに対しては、物の価値 はそれを利用する者が決めることであり、厳密な 意味での「絶対的負財」がはたして存在し得るの かという疑義が向けられ得よう。物の価値をその 物の属性と捉えるのは、物象化にほかならない。 それにもかかわらず、権利客体の属性という視角 から問題を捉えるときには、おそらくは負財化論 の主張者の意図に反して、「いかなる不動産でも、 使い方次第では価値をもち得る」との議論へと展 開することともなりかねない。

このような議論は、所有者不明土地問題の解決を市場原理に委ねるという方向性に親和的である。市場原理による解決を志向することには、たしかに一定の合理性がある。負財化論の観点からも、その物に価値を認める者が現れるか否かを検証するために、その物を取得する可能性が多くの者に対して開かれていることは望ましいといえよう。とはいえ、市場の反応は、場当たり的なものにならざるを得ない。市場原理のもとでは、土地の負財化状況を打開することができるか否かは、地域的にも時間的に多くの変動要素を含むだけでなく、土地の活用方法について良いアイディアを出すことができる者が現れるか否かという偶然事にも依存することとなる。

負財化論は、このような問題に対応するために、 市場が成立する可能性がきわめて乏しい土地を絶 対的負財と認定し、これに対する強度の干渉を認 める。しかし、それでもなお、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り、それ自体 が法概念であるわけではないことには注意が必要

<sup>(6)</sup> 所有者不明土地問題研究会「所有者不明土地問題研究会 最終報告書――眠れる土地を使える土地に『土地活用革命』」(2017年)9頁以下は、人口減少、少子高齢化による土地需要・資産価値の低下が、所有者不明土地問題の発生を促していると指摘する。

<sup>(7)</sup> 不財の概念を提唱した論稿として、吉田克己「財の多様化と民法学の課題――鳥瞰的整理の試み」同=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、2014 年)2頁、特に20頁以下を参照。これを所有者不明土地問題に展開する論著として、吉田克己『現代土地所有権論――所有者不明土地問題と人口減少社会をめぐる法的諸問題』(信山社、2019 年)を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>(8)</sup> 吉田・前掲論文(前掲注(7)) 21 頁。

<sup>(9)</sup> 吉田・前掲論文(前掲注(7)) 22 頁。

である。負財化論の観点から、所有者不明土地問 題における市場原理の限界がどのように現れるか を明らかにし、これに対する法的対応を枠づける ためは、それによって巧みに描出された社会の変 容を、法的な分析の立脚点となる概念へと構築す る必要があろう。

### (b) 権利の放棄

負財化という視角から主に論じられてきたのは、 土地所有権の放棄の可否である。そこで、以下で は、放棄論に即して負財化論の展開をいま少し窺 ってみたい。

放棄とは、理論的には、権利者の意思表示によ って権利帰属関係そのものを解消することだと説 明することができる。日本法において、権利の放 棄に関する一般理論が論じられたことは、土地所 有権の放棄が問題とされるまではなかった(10)。し かし、上記の概念規定に基づき、権利を放棄する か否かは、権利主体の自由に委ねられてよいと解 されてきたといってよいであろう。

ところが、土地所有権の放棄が論じられるに至 ると、少なからぬ論者が、無条件にはこれを認め ないという姿勢を示した。その際に指摘されるの は、土地所有権の放棄を認めることが、負担・責 任の押しつけにつながることである<sup>(11)</sup>。「押しつ け」だというのは、要するに、所有権を有するこ とによる負担が、それによる利益を上回ることを 意味する。

ここで注意を要するのは、以上の議論において は、土地について生じる負担・責任が、所有者に 帰属すべきことが当然に前提とされていることで ある。しかし、所有権は、土地のもつ効用として 産み出される利益の帰属を決定する原理にほかな

らず(12)、負担の所在を当然に決定するわけではな い。利益との対比でいえば、土地そのものから生 じるのは害悪であるが、あくまで論理的にいえば、 その害悪に対する負担・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。これ ら諸種の負担・責任は、実定法上の原則として、 土地の所有というメルクマールに着目して賦課さ れるにすぎない<sup>(13)</sup>。

以上のように、利益と負担とについて、それぞ れが所有者へと帰せられる根拠が区別されるとす れば、二つの問題を一応は切り離して考察するこ とが望ましいであろう。実際にも、使用価値も交 換価値もない土地であっても、管理や租税につい て何らの負担や責任も生じないのであれば、所有 者としては、あえてこれを放棄する理由はないで あろうし、かりに放棄されたとしても、その引受 けが拒絶されることを懸念すべき理由はない。土 地が一定の空間であるからには、使用価値がまっ たくないわけではないし、交換価値が何かのきっ かけで上昇する可能性もあるわけだから、管理や 租税の負担が一切ない土地を所有するインセンテ ィブは、たとえ微弱ではあっても発生するであろ

<sup>&</sup>lt;sup>(10)</sup> 吉田・前掲書(注(7))247 頁以下、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 41 巻 3 号 (2018 年) 76 頁以下、張洋介 「土 地所有権放棄の場面における土地所有者の自由と責任し 法と政治69巻2-II号(2018年)129頁以下による指摘

<sup>(11)</sup> たとえば、松江地判平成 28 年 5 月 23 日訟月 62 巻 10 号 1671 頁。

<sup>(12)</sup> 所有権については、権原としての側面と、それに基 づいて行使することができる権能としての側面とは区 別されなければならない(木下昌彦「法概念としての所 有権(1)――所有権の二つのパラダイムと表現の自由」神 戸64巻2号(2014年)17頁は、「権原」と「法的効果」 の区別としてこれを概念化する)。しかし、実定法上の 概念としての所有権は、まさに本文に述べたような権能 を伴うものとして構成されている(民法206条)。した がって、土地のもつ効用として産み出される利益の帰属 は、所有権を源泉として決定されるといってよい。

<sup>(13)</sup> 土地の所有と責任の所在とが分離することは、あり 得ないことではない。民法上の規律に目を留めても、土 地工作物責任において、所有者に責任が集中させられる わけではないことが想起され得よう(717条1項本文)。 また、より現代的な展開に目を転じても、土壌汚染に関 しては、状態責任に限界があることが指摘される。たと えば、桑原勇進「状態責任の根拠と限界(1)――ドイツに おける土壌汚染を巡る判例・学説を中心に」自治研究 86 巻 12 号 (2010 年) 63 頁以下を参照。 さらに、土壌 汚染対策法が採用する状態責任の原則に対する批判的 分析として、阿部泰隆『行政法解釈学 I』(有斐閣、2008 年) 350 頁以下をも参照。

このようにみると、放棄論の問題は、権利の帰 属そのものについてではなく、管理や租税といっ た権利帰属に付随して課される負担・責任を免れ ることの是非をめぐって生じていると考えられる (14)。このことはまた、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 ことをも示唆している。

#### (2) 所有権の排他性

さて、負財化論は、以上の問題を、権利の客体 である土地がもつ価値の変容という観点から観察 する。しかし、これらを法的に分析するためには、 「押しつけ」を生じさせる法的な機序を、所有権 に基づく権能と、これに伴う負担・責任の両面か ら考察する必要がある。そのためには、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、むしろ適切であるように思われ

権利の「排他性」という概念には、いくつかの 意味がある(15)。物権の属性としての排他性が論じ られる際には、権利帰属の保障、つまり、同じ内 容の権利が複数成立することはないという性質が 念頭に置かれるのが通例である(16)。しかし、ここ では、他者による干渉を排除することができる権 能としてのそれを問題としたい。この観点からす れば、所有権の特性は、「他者を排除する権利 (jus *excludendi alios*)」であるところに見出されるが (17)、このことには、具体的にみて二つの含意があ る。

#### (a) 権能の保障原理

第一に、排他性は、権利者以外の者――私人で もあれば、国家でもあり得る――がその物に対し て自由にアクセスすることを禁ずる。いいかえれ ば、排他性をもつ権利としての所有権は、いわば 物を社会から切り離す手段となる。そうすること で、所有者には、その物から引き出される効用を 自らのものとすることができ、また、どのような 効用を引き出すかを自由に決定することができる 権能が与えられるのである。このことは、一方で は、その物を有用に使用をすることができる者が 所有者のほかにいるとしても、所有者の承諾がな ければその使用を実現することができないことを、 また、他方では、所有者が物をいかようにも使用 することができる以上、所有権に基づく権能の内 容を法定することはできないことを(18)、それぞれ 意味する。

ところで、排他性をこのように観念すると、一 般的にいって、支配の客体が細分化されることに 応じて、客体がもつ価値は小さくなる。このこと を、土地の過少利用という現状に即してみると、 高度成長期以降における住宅政策は、客体を細分 化して交換価値を低減することにより、住宅供給 の需要を所有権取得によって充足することをその 根幹とした(19)。しかし、人口減少局面に至り、住 宅供給の需要が低下したときには、土地を集積し て使用価値を増大することが再び望まれるように なる。ところが、ひとたび権利客体が細分化され、 そのそれぞれについて排他的支配権が成立させら れると、それを再び集積させることは困難になる。

<sup>(14)</sup> 松江地判平成 28 年 5 月 23 日訟月 62 巻 10 号 1671 頁は、「財産的価値の乏しい本件各土地について、その 管理にかかる多額の経済的負担を余儀なくされる」こと 等をもって、所有権放棄が権利濫用に当たるとする。本 文と同旨の指摘を明確に行うものとして、張・前掲論文 (注(10)) 151 頁をも参照。

<sup>(15)</sup> この点が不明確であることの問題を指摘する論著 として、鷹巣信孝『所有権と占有権』(成文堂、2003年) 35 頁以下を参照。

<sup>(16)</sup> たとえば、我妻榮(有泉亨補訂)『新訂物権法(民 法講義Ⅱ)』(岩波書店、1983年) 11 頁を参照。

<sup>(17)</sup> 木下・前掲論文 (注(12)) 19 頁以下は、所有権の本 質をこのように把握して構成する立場を「所有権の古典 的パラダイム」とよび、その起源と論理を分析する。

<sup>(18) 206</sup> 条に対して、所有権に基づく権能は物の使用・ 収益・処分に尽きるわけではないとの批判が加えられる 際には、このような認識が基礎とされているとみられる。 (19) この点を批判的に分析する著作として、平山洋介 『住宅政策のどこが問題か』(光文社、2009年)を参照。 原田純孝「戦後住宅法制の成立過程――その政策論理の 批判的検証」『日本の社会と福祉〔福祉国家 第 6 巻〕』 (東京大学出版会、1985年) 317 頁は、1960年代にお ける持家政策の登場に至るまでの住宅政策の展開を叙 述する。その後の展開を、社会構造の変化に視軸を定め て概観する論稿として、瀬川信久「『豊かな』社会の出 現と私法学の課題」法の科学 19号 (1991年) 103 頁以 下をも参照。

土地所有権の取得は、少なくとも私人間において は市場を通じてしか――つまり、各所有者との間 での契約を媒介してしか――実現され得ないため、 所有者が拡散的に存在する状況のもとでは、その 集積に多大な取引費用を要するからである。

以上にみたとおり、所有権のもつ排他性は、買 い手による土地へのアクセスを阻害することによ り、複数の土地を再統合することでその使用価値 を増大することを妨げる一因となると考えられる。 農地の零細分散錯圃の問題も(20)、法的にみれば同 様の機序によって生じるものであろう。

### (b) 負担・責任の決定根拠

第二に、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も機能する。他者に 危害を及ぼすことを防止し、または他者の所有権 の価値を大きく損なうような所有権の行使を防止 するために課される所有権の制約は、「所有権が置 かれた環境や関係に注目し、他者に迷惑をかける ような所有権行使は許されない」という根拠によ って正当化される(21)。こうして所有者の負担が正 当化されるのは、所有権に排他的支配権能が与え られていることのいわば裏面である。所有権に排 他性が認められ、その客体たる物の利用について 第三者が容喙することができないからこそ、所有 者は、他者の自由との調整として必要な限度にお いて、その管理にかかる責任を負わなければなら ないのである<sup>(22)</sup>。

同様の理解は、租税についても当てはまるよう に思われる。固定資産税を例にとってみると、そ の法的性質をめぐっては、これを財産税と解する 見解と一種の収益税と解する見解とが対立する。 この論争を論評することは筆者にはできないが、

財産税とする見方が、課税の標準となる法的事実 としての所有に着目してその性質を定めるのに対 して、収益税とする見方もまた、固定資産を所有 することに担税力の究極的な根拠を認めるものだ といえるであろう(23)。そうすると、固定資産税が 所有者に対して課されることは、結局、所有者に 不動産から生じる利益を排他的に享受する権能が 所有者に認められていることによって正当化され ると考えられる。「公用又は公共の用に供する固定 資産」が課税の対象とされないことも(地方税法 348条2項1号)、こうした考え方の表れだといえ るであろう。

もっとも、所有者が土地に対して有する排他的 支配権能は、常に顕在化されているわけではない。 実際には、所有者が土地からの収益を得ていない こともあるからである。しかし、その場合であっ ても、所有者が排他的支配権能を有することに変 わりないから(24)、上に述べた負担は所有者に課さ れなければならない。その結果、相続をはじめ、 不意の経緯によって土地所有権を取得した者が、 土地のもつ収益価値を現実化することができない 場合には、その土地は、現実的な収益に見合わな い不利益を生じさせる財産、つまり「負財」に転 ずることとなる。

### (3) 小括

以上のようにみてくると、人口減少社会におけ る土地の負財化の問題は、一方では、排他的支配 の客体である土地が細分化して拡散された結果、 個々の土地がもつ価値が小さくなっていること、 他方では、排他的支配のいわば裏面である「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

<sup>(20)</sup> 高村学人「所有者不明土地問題を問い直す――アン チ・コモンズ論からの問題再定義」土地総合研究 2018 年秋号 (2018年) 82 頁以下を参照。

<sup>(21)</sup> 原田大樹「所有権の内在的制約(上)」NBL 1122 号 (2018年) 37頁。

<sup>(22)</sup> 桑原勇進「状態責任の根拠と限界(3)――ドイツにお ける土壌汚染を巡る判例・学説を中心に」自治研究 87 巻 2 号 (2011 年) 76 頁を参照。ただし、著者は、ドイ ツ連邦憲法裁判所の判例の分析から出発して、状態責任 を基礎づける伝統的な論拠とその問題性を考察する。

<sup>(23)</sup> 固定資産税の性質論の詳細につき、金子宏「固定資 産税の性格と問題点」税研50号(1993年)3頁、特に 5 頁以下を参照。

<sup>(24)</sup> こうした見方は、課税標準の定め方としては財産税 説に親しむとみられるが、農地のいわゆる宅地並み課税 にみられるように、土地の資産価値に着目して固定資産 税額が決定されてきたことも、こうした構成と親和的で あると指摘される。金子・前掲論文(注(23))7頁を参 照。

端するということができる<sup>(25)</sup>。

このような状況に対応するためには、所有者がもつ排他的支配権に対して、一定の制約を課することが必要とされる。したがって、所有者不明土地問題への立法的対応にあたっては、所有者が有する排他的支配権能に対してどのような影響が及ぶかが検討されなければならない。

### 3 所有権に対する制限

先に確認したように、所有権は、「所有権が置かれた環境や関係に注目し、他者に迷惑をかけるような所有権行使は許されない」という規制目的に基づく制約に服する。これをより具体的に展開するためには、まず、「迷惑」という事態の内実を明確化しておく必要がある。

上記の定式は、所有権の「内在的制約」の説明として用いられたものである。論者である原田大樹教授は、そこにいう内在的制約を、「私有財産制という法制度の目的を実現させ、財産権の行使に伴う弊害を抑制するための制約」と定義される<sup>(26)</sup>。「他者に迷惑をかける」とは、この定義にいう「弊害」を意味すると考えられるが、「私有財産制という法制度の目的」の実現が規制目的とされることからすれば、ここで想定される「弊害」とは、他者による財産権の行使に制約を生じさせることだといえよう。私有財産制の最も基本的な内容は、各人に割り当てられた財産権の実現が法的に正当化されることにあると考えられるからである。

ところで、所有者不明土地問題につき、民法の 改正という枠組みでの対応を試みる際には、民法 上の法律関係の変動という手段を用いざるを得な い。そうすると、上記の規制目的は、民法上、所 有権の客体た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となろう。前者は、権利行使に対する制限によって行われるのに対して((1))、後者は、使用収益権の設定((2))、または権利帰属の変更によって行われると考えられるから((3))、以下ではまず、これらの効果をもたらす実定法上の諸制度の特徴を概観する。

### (1) 権利行使の制限

まず、所有者による権利行使を停止する法理としては、権利濫用法理(民法 1 条 3 項)がその代表的なものとして想起される。もっとも、所有者不明土地問題においては、問題が生じるのは濫用的な権利不行使の場面であろうから、権利の不行使が第三者に対してもたらす不利益状態をどのように解消するかが検討されなければならない<sup>(27)</sup>。その方法としては、自らが所有する物に対する第三者の干渉を排除する権利の行使を停止すること、いいかえれば、第三者による土地への干渉について――妨害排除請求権の発生根拠としての――違法性を阻却することが考えられる。

ところで、そのような仕組みは、権利濫用法理のような一般法理を俟つまでもなく、一定の枠組みのもとで制度化されている。第三者による介入の違法性が阻却される実定法上の規律は、それぞれの目的に即していえば、介入する第三者自身の利益を図る場合((b))と、所有者の利益を図る場合((b))とに大別される。この区別は、その法的根拠に即していえば、所有物への干渉が、第三者の権利((a))、所有者の権利((b))のいずれに基づいて行われるかという相違にそのまま対応する。

### (a) 第三者ための制限——第三者の権能の行使

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には、所有者は、第三者による権利行使の結果として被る不利益を甘受しなければならない。その典型例は、相隣関係に関する規律に見出される。

学説上、相隣関係に関する規律は、所有権に対する制限の態様に着目して、①他人の侵害を忍容

<sup>(25)</sup> もっとも、以上にみた論拠によっても、どのような「責務」が所有者に課されることとなるかは、必ずしも明らかにはならない。土地基本法との関係で、多様化しつつある所有者の「責務」を考察する論稿として、小柳春一郎「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」土地総合研究 2020 年冬号(2020 年)3 頁を参照。

<sup>(26)</sup> 原田 (大)・前掲論文 (注(21)) 32 頁。

<sup>(27)</sup> 武川幸嗣「不在者財産管理制度の再考」NBL 1152号 (2019年) 26-27頁の指摘を参照。

すべき義務、②権能を自由に行使しない義務、③ 積極的な行為をする義務に類別されるが<sup>(28)</sup>、ここ で主に問題となるのは、①の態様による制限であ る。これについては、一時使用権限を付与する際 の理論構成として、使用請求権構成と使用権構成 とがあり得ることが指摘され、所有者不明土地問 題を念頭に置いて両構成の適否が考察されている (29)。ただ、いずれの構成によるとしても、違法性 阻却は、第三者自身が有する権能の効果として与 えられるのであって、それを越えて、第三者が所 有者不明土地の使用収益権能を行使することはで きない。いいかえれば、所有者不明土地の使用収 益権能は、あくまでも所有者のもとにとどまる。 したがって、第三者による権利行使によって所有 者が損害を被るときには、これに対する償金が支 払われなければならない(209条、212条(ただし、 213条1項)、232条)。このように、以上の場面で は、所有物への干渉が許容されるという意味での 適法性と、所有権の侵害が許容されるという意味 での適法性とが分離することに注意を要する。

### (b) 所有者のための制限——所有者の権能の行使

次に、所有者の利益のために第三者に財産管理 権が与えられ、これに基づいて所有物への干渉が 許容される場合がある。この場合には、第三者は、 所有者本人に代わってその権利を行使するものと して構成される(30)。その手段としては、二つの法 制度がある。第一に、継続的な管理権を与える方 法として、不在者の財産管理がある(31)。この場合 には、家庭裁判所の審判を経ることにより、所有 物への干渉に先立って管理権の範囲が画される。 これに対して、第二に、一時的な管理権を与える 方法として、事務管理(697条)がある。この場 合には、家庭裁判所の審判等を経ないため、所有

物への干渉の違法性が阻却されるか否かは、裁判 所による事後判断に服することとなる。

以上の各制度のもとでは、第三者に管理権が与 えられることの反面として、所有者と第三者との 間に法定委任関係が発生する。その結果、管理者 たる第三者は、本人の利益のために事務を遂行し なければならず (家事事件手続法 146 条 6 項・644 条、697条を参照)、所有者に損害を生じさせたと きは、これを賠償しなければならない。また、か りに管理者たる第三者が利益を取得したならば、 所有者にこれを償還しなければならない(家事事 件手続法 146条6項、701条・646条)。その反面、 所有者もまた、管理者に対して費用を償還すべき こととなる (家事事件手続法 146 条 6 項・650 条、 702条)。

とはいえ、これらの制度は、所有者不明土地間 題の解決にとっては種々の限界を抱えている。ま ず、不在者の財産管理制度については、「不在者」 という人の属性に着目するため、特定財産の管理 には不向きであることが指摘される(32)。また、よ り重要な問題として、これらの制度のもとでは、 土地への干渉は、所有者の利益を条件としてしか 正当化されないことにも注意が必要である。第三 者は、土地の管理権を授与されるにすぎず、管理 の結果は、――所有者の利益となる限りにおいて ――所有者に帰属するにとどまる。したがって、 土地をより積極的な用途に活用するためには、や はり別の方法を用いる必要がある。

### (2) 使用収益権の設定

既に確認したとおり、使用収益権の設定は、所 有権に基づく排他的支配の内容に属する。それに もかかわらず、所有者の意思いかんにかかわらず に利用権が設定される方法は、法定地上権や配偶 者居住権のような特別の状況を除けば、使用収益 権を時効取得する以外には存在しなかったとみら れる。

こうした現状において、農地法<sup>(33)</sup>、森林経営管

<sup>(28)</sup> 我妻 (有泉補訂)・前掲書 (注(16)) 273 頁以下。

<sup>&</sup>lt;sup>(29)</sup> 秋山靖浩 「相隣関係の今日的課題」 NBL 1152 号 (2019 年) 29 頁を参照。

<sup>(30)</sup> 財産管理権の概念は、権利行使権限の所在によって 根拠づけられる。於保不二雄『財産管理権論序説』(有 信堂、1954年) 19 頁を参照。

<sup>(31)</sup> 問題状況の整理として、武川・前掲論文(注(27)) 22 頁を参照。

武川・前掲論文(注(27)) 23 頁。

<sup>(33)</sup> 農地法上の所有者不明遊休農地についての利用権 設定に関する規律が、農業経営基盤強化促進法によって

理法、所有者不明土地利用円滑化法は、土地所有者不明の状況において、その所有地について使用収益権を取得するための方法を規定するに至った<sup>(34)</sup>。これらは、所有者不明土地問題への対応を念頭に置いた立法であるため、前述した権利調査問題と権利喪失問題とを明確に区別し、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であろう。各規定の内容は基本的に共通しており、その梗概は以下のとおりである。

### (a) 権利調査問題

まず、権利調査問題については、「相当な努力」 をもって不確知所有者を探索することが求められ る (農地法 32 条 2 項・41 条、森林経営管理法 24 条、所有者不明土地利用円滑化法10条1項)。「相 当な努力」の内容は政令によって具体化されてお り、いずれにおいても次の五点を中核とする(農 地法施行令 20 条 · 18 条、森林管理法施行令 1 条 2 項・1 項、所有者不明土地利用円滑化法施行令 1 条)。すなわち、①登記事項証明書の交付請求、② 土地の占有者等、省令に定める者に対して(35)、土 地所有者確知必要情報(土地の所有者の氏名・名 称、住所・居所その他の当該土地の所有者を確知 するために必要な情報(36)の提供を求める、③登 記名義人等に関する土地所有者確知必要情報の提 供を求める、④登記名義人等が死亡・解散してい ることが判明した場合には、当該登記名義人等・ その包括承継人その他の当該土地の所有者と思料

改正され、森林経営管理法、所有者不明土地利用円滑化 法との平仄を合わせた規律が導入された。これに対して、 共有者不明農用地については、農業経営基盤強化促進法 21条の2第1項によって利用権設定が行われる。これ については、後述する。

(34) これらの法律における利用権等取得の方法については、松尾弘「土地所有における私人の権利・義務と国家の権限・責務」慶應法学 42 号 (2019 年) 337 頁、特に 342 頁以下において詳細に考察されている。

(35) 農地法施行規則 60条の3、森林経営管理法施行規則8条、所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法施行規則1条。

(36) 農地法施行令 20 条·18 条、森林管理法施行令 1 条、 所有者不明土地利用円滑化法施行令 1 条各柱書。 される者が記録されている書類を備える市町村長・登記官に対し、当該土地に係る土地所有者確知必要情報の提供を求める、⑤上記各措置により判明した当該土地の所有者と思料される者に対して、当該土地の所有者を特定するために書面の送付・訪問を行うこと<sup>(37)</sup>、である。

#### (b) 権利喪失問題

次に、権利喪失問題については、一定の手続を 履践し、不確知所有者の利益を保障することと引 換えに利用権の設定を認めるという構成が採られ る。その内容は、大略、次のとおりである。まず、 六か月の期間内に権原を証する書面を添えて申し 出るべき旨等が公告され(農地法32条3項、森林 経営管理法25条3項)、その間に所有者からの申 し出がなかった場合には、都道府県知事による裁 定を申し立てることができる(農地法41条1項、 森林経営管理法27条、所有者不明土地利用円滑化 法10条1項)。この裁定が公告されることによっ て、第三者が当該土地について利用権を取得する (農地法41条4項、森林経営管理法28条3項、 所有者不明土地利用円滑化法15条)。

利用権取得の根拠としては、裁定によって直接に取得することもあれば(農地法、所有者不明土地利用円滑化法)、同意を擬制するという方法が採られることもある(森林経営管理法)。前者の場合には、補償金支払請求権が発生するのに対して(農地法41条2項・39条2項4号、所有者不明土地利用円滑化法16条)、後者の場合には、「販売収益から伐採等に要する経費を控除してなお利益がある場合において供託されるべき金銭」等につき、支払請求権が発生するものと構成される(森林経営管理法27条2項4号)。いずれの場合にも、金銭を支払うべき相手を確知することができないのだから、それらの金銭は供託されることとなる(農地法41条5項、森林経営管理法29条、所有者不明土地利用円滑化法17条)。

<sup>(37)</sup> 農地法施行規則 60条の5、森林経営管理法施行規則 10条、所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別 措置法施行規則3条。

### (3) 権利帰属の変更

最後に、所有者不明土地について存在する所有 権を消滅させる方法について考察する。

憲法上の財産権保障の内容については議論があ るが、少なくとも、各人が有する所有権を無条件 に剥奪することができないことに争いはない。そ のため、これを公共の福祉のために用いるときは、 土地収用の手続が用いられる(所有者不明土地利 用円滑化法34条を参照)。

もっとも、利用権取得とは異なり、所有者の意 思によらない権利帰属の変更を基礎づける制度は、 私法上の制度としても既に存在する。以下では、 取得時効((a)) と、区分所有法権の競売請求((b)) とを採り上げ、その正当化根拠を考察する。

#### (a) 取得時効

まず、所有者の意思によらない権利帰属の変更 を基礎づける一般法上の制度としては、取得時効 ――そして、その反射としての原所有権の消滅― 一がある。所有者不明土地問題への対応という観 点からみれば、これについては三つのレベルの問 題を指摘することができる。

第一に、第三者が権利を時効取得する結果、原 所有者が――何らの補償も伴わずに――所有権を 失うことが、どのように正当化されるかという問 題である。

これについては、取得時効の反射としての所有 権喪失については、財産権の保障(憲法29条)と の関係での正当化が必要とされるとの指摘がある (38)。そこでは、時効制度の有する懈怠罰的な側面 を「帰責根拠」とみて、物の有責的な不使用に対 して制裁を課するものとする見方が示されている (39)。しかし、取得時効の反射としての失権につい て、厳密な意味での「帰責」を問題とすることは できない。取得時効の成立は、原権利者の具体的

事情のいかんを問わず、更新・完成停止事由が生 じない限りは妨げられないからである。取得時効 が完成するために、他者による自主占有の継続を 一定の長期間にわたって放置したという事実を要 することは、権利喪失の正当化としては、その期 間中に権利行使の機会が保障される点に意義をも つとみることが、むしろ事態適合的であろう。

第二に、以上の考慮は、所有権の不行使状態が 継続することによって消滅時効が完成するという 構成によっても実現することができる。それにも かかわらず、所有権には恒久性が認められ、取得 時効による所有権の反射的消滅を観念し得るにす ぎないとされるのはなぜか<sup>(40)</sup>。これについては、 次のように考えることができるであろう。

所有権について消滅時効が成立しない反面、取 得時効の成立が認められることは、無主物が生じ ることを避けるという考慮によって説明すること ができる。この点に着目すれば、取得時効による 所有権取得は、既に何人かの所有に属している財 について、現に物を有用に使用する他人が現れた 場合には、その他人に対して所有物へのアクセス を可能にする可能性を開き、社会的有用性のため に財を(再)分配するという機能を果たすといえ る(41)。

第三に、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か。取得時 効による解決の否定し難いメリットとしては、第 三者による占有が継続しさえすれば、所有者がだ れであるか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点を指摘 することができる。これに対して、デメリットと しては、悪意占有の継続を要する点を挙げられよ う。つまり、占有者は、所有者が現れた場合にお ける使用利益返還のリスクを負わなければならな

<sup>(38)</sup> 辻正美「判批(最判昭和43年9月26日民集22巻9 号 2002 頁)」椿寿夫編『担保法の判例Ⅱ(ジュリスト増 刊)』(有斐閣、1994年) 353 頁における指摘を嚆矢とす る。山本敬三『民法講義 I 総則』(有斐閣、第三版、2011 年)539頁のコメントをも参照。

<sup>(39)</sup> 前田達明『民法のなぜがわかる』(有斐閣、2005年) 264 頁以下。

<sup>(40)</sup> この関係では、森村進『財産権の理論』(弘文堂、 1995年)115頁以下における所有権の恒久性に関する批 判的検討を参照。

<sup>(41)</sup> 四宮和夫=能見善久『民法総則』(弘文堂、第九版、 2018年)417頁、加藤雅信『民法総則』(有斐閣、第二 版、2005年)422頁は、時効制度の趣旨としてこの点を 強調する。

い<sup>(42)</sup>。いいかえれば、所有者不明土地問題の解決 策として取得時効を選択することは、原理的には、 あたかも法が違法行為を助長するかのような矛盾 をはらんでいる。

### (b) 区分所有法59条による競売請求

以上のほか、特別法上の規律としては、競売請求によって区分所有権が消滅する場合を定めた区分所有法 59 条 1 項が注目される。

ところで、この規定は、同法6条1項が定める 共同利益違背行為の存在を要件とするが、どのよ うな行為がこれに該当するかについては、大別し て二つの見方が対立する。一つは、区分所有権が 一棟の建物の一部を客体とすることに由来して、 建物の物理的な保全・利用を害する行為に限られ るとみる理解であり、もう一つは、生活利益を侵 害する行為は広くこれに該当する余地があるとす る理解である。

ここでは、次のように説いて前者の見解を支持する学説があることに注目したい(43)。各区分所有者は、区分所有者の団体に加入しようという意思をもって区分所有権を取得するわけではないから、区分所有者間に組合の存在を観念することはできない。区分所有者が、建物等の管理に関する意思決定およびその実行を団体的に行うのは、建物の物理的・機能的構造上、そのような取扱いが要請されるからである。こうした見方からすれば、59条1項による区分所有権の剥奪もまた、建物の物理的・機能的構造上、必要とされる限りにおいて行使され得るのでなければならない。具体的には、競売請求は、他の区分所有者の所有権侵害が著しい場合に限って認められるべきである。

区分所有権は、あくまで単独所有権と構成される点において、共有持分権とその性格を異にする。

しかし、一棟の建物を客体として成立する権利である点においては、その性格はむしろ共有持分権に類する。そして、まさにこの共通の属性のゆえに、区分所有権の喪失が一定の場合においては正当化されるのだとすれば、同様の規律は、共有持分権についても──より強い根拠をもって──妥当すべきこととなろう。このような認識が成立し得るか否かが、Ⅲにおける検討課題となる。

### (4) 小括

以上、所有権の制限につき、レベルを異にする 三つの解決を概観してきた。それぞれの特徴を整 理しつつ再述すれば、次のとおりである。

第一のレベルは、所有権の行使を制限する方法である。これは、第三者が所有物に対して物理的に干渉することを正当化するにとどまり、第三者がそこから利益を得ることはもとより、権利行使の制限による損害の発生を所有者に忍容させることも正当化されない。

第二のレベルは、利用権を設定する方法である。 これによると、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。以上の反面におい て、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。

第三のレベルは、所有権の帰属そのものを変更 する方法である。これによると、所有者は、物に 対する自らの権利を失うこととなる。このような 不利益もまた、通常は何らかの代償によって埋め 合わせられるが、取得時効に伴う所有権喪失は、 そのような代償を伴わない点において異例の制度 だといえる<sup>(44)</sup>。

なお、所有者不明土地問題への対応を設計する にあたり、以上の各制度の間での選択が問題とな る際には、所有者の権利を制約する目的を考慮し

<sup>(42)</sup> 加えて、他人の土地建物を、その所有者に無断で占有している者の占有は、自主占有であるとはいえないと説く見解があることにも注意を要する。後藤勇「取得時効における所有の意思」判タ954号(1998年)41頁、特に66頁を参照。

<sup>(43)</sup> 横山美夏「区分所有法 59 条による所有権の剥奪」 吉田=片山編・前掲書(注(7)) 688 頁、特に 692-693 頁を参照。

<sup>(44)</sup> 所有権が絶対的な支配権であるという命題との関係でいえば、取得時効制度の憲法適合性については、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)の論理に従って、憲法による財産権の保障(29条)は、そのような限界のある所有権を「原形」として保障する趣旨のものだと説明することになるであろうか。

て、その利益を害する程度が最も少ないものを選 択すべきこととなろう。したがって、一般論とし ては、権利帰属の変更よりも使用収益権の設定が、 使用収益権の設定よりも権利行使の制限が、それ ぞれ優先的に選択されるべきである――いいかえ れば、それぞれより緩やかな要件のもとで用いら れ得ることとなる――とみることができる。

#### 4 小括

Ⅱにおいて論じてきたことをここで要約してお くと、次のとおりである。

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、現象としては権利の客体で ある土地のもつ経済的価値の変容とみることがで きるが、法的には、所有権がもつ排他性の帰結だ と考えられる。土地の負財化への対応が、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 され得ないのは、まさに以上の理由による。その うえで、所有権を制約する方法としては、権利行 使の制限、使用収益権の設定、権利帰属の変更と いう三つのレベルが考えられる。

以上を踏まえて、Ⅲでは、これらに対応する問 題が、共有者不明土地問題においてどのように顕 現するか、そこに共有の特殊性を見出すことがで きるかを考察することとする。

### Ⅲ 共有者不明土地問題への展開

本稿の冒頭に述べたとおり、共有は、権利の共 属関係である。これは、各共有者が、権利の客体 に対して、単独所有者と同一内容の権能を有する 反面、その行使にあたっては、持分の割合に応じ た制約を相互に課されることを意味する(249条 を参照)。共有者不明土地問題を分析するにあたっ ても、権利の共属関係がもつこれら二つの側面が 出発点とされなければならない。

そこで、以下ではまず、■において所有権につ いてみたところと対照しつつ、持分権がどのよう な権利であり、これに対してどのような制約が課 され得るのかを検討する(1)。これを踏まえて、 次に、共有物の管理(2)、分割(3)という具体 的な問題を解決するための方法を、中間試案によ る提案を題材として考察する。

#### 1 持分権に対する制限

持分権の法的性質につき、単独所有と異なる取 扱いをすることができるか否かを考察するにあた っては、権利の共属関係の特徴として上に述べた ところに即して、二つの問題を考察する必要があ る。第一は、持分権と所有権とを権能として同視 することが許されるかという問題であり((1))、第 二は、共有者相互間に課される制約に由来する特 別な取扱いが認められないかという問題である  $((2))_{\circ}$ 

#### (1) 持分権=所有権テーゼ

ある物が複数人の共有に属する場合において、 それぞれの共有者が所有者と同様の権能を有する ということは、各共有者が物に対する排他的支配 権を有するということを意味する。実際にも、従 来の議論をみる限りでは、権能の保障((a))、負 担・責任の決定((b))の両面において、持分権と 所有権とは区別せずに扱われてきた。

### (a) 権能の保障原理

共有者が有する権能の観点から、持分権と所有 権とが「排他的支配権」たる点において同視され てきたことは、民法・憲法上の議論を追尋するこ とによって確認することができる。

まず、民法学説においては、別稿において検討 の機会をもったとおり(45)、共有者が持分権に基づ いて行使することができる権能は、単独所有権と 同様に扱われてきたとみられる。この観点からみ ると、所有権の排他性を基軸としてⅡに検討した 点は、基本的には持分権についても妥当するとい ってよい。そうすると、持分権の内容・行使の制 約も、所有権の内容・行使が制約される場合と同 様の規律に服するとみることが論理的である。本 稿の冒頭に引いた議論は、まさにこのような理解 を前提とする。

次に、憲法の側面についてみると、いわゆる森

<sup>(45)</sup> 山城「補遺」(前掲注(3)) [6]以下を参照。

林法違憲判決は(46)、持分権を所有権と同視する立 場から、持分権の属性としての共有物分割請求権 を否定するためには、公共の福祉に適合する理由 を要するとした。その論理を再現すると、判決は、 「共有者は各自、それ自体所有権の性質をもつ持 分権を有している」との前提に立って、「持分権が 共有の性質上互いに制約し合う関係に立つ」こと によって生じる「弊害を除去し、共有者に目的物 を自由に支配させ、その経済的効用を十分に発揮 させるため、各共有者はいつでも共有物の分割を 請求することができる」とし、このことから、共 有物分割請求権が「共有の本質的属性」であると の理解を帰結する。このように、本判決において は、持分権は、共有の性質に由来する制約を伴い こそするものの、その性質においては所有権と異 ならず、そのような制約を免れるための権能を制 限するためには、その所有権たる性質に照らした 正当化が求められるという論理が採られている。

以上にみたように、持分権について、所有権の保障を論じる際と同様の取扱いがされる例は、実定法上の規定にも見出される。たとえば、所有者不明土地について利用権を設定する際に採るべき方法については既に見たところであるが、そこで概観したのと同様の規律は、共有者不明土地について利用権を設定する際にも適用されることが予定されている(農業経営基盤強化促進法 21 条の2以下、森林経営管理法 10 条以下を参照)。このことは、持分権と所有権とが、その保障について区別せずに取り扱われていることを示している。

### (b) 負担・責任の決定原理

■にみたとおり、所有者が負うべき負担・責任は、究極的には、所有権の属性である排他的支配権によって正当化される。したがって、各共有者が持分権に基づく排他的支配権能をもつと解される以上、共有物について生じる負担・責任もまた、各共有者に課されるとみなければならない。

もっとも、共有関係においては、同等の排他的 支配権を有する者が複数存在する。そのような状

(46) 最大判昭和62年4月22日民集第41巻3号408頁。

況においては、一部の共有者に起因して生じた事情が、他の共有者に負担を課すことをも正当化するのかという疑問が生じ得る。しかし、共有物について生じる負担・責任は、共有者の行為ではなく、共有物――より正確には、共有物について有する権利――に伴って生じるものだから、各共有者がこれを負担すると解するほかない。同様の理解は、判例にも窺われる。たとえば、判例は、共有者を相手方として物権的請求権を行使する場面につき、共有者が第三者に対して負う義務を「不可分債務」とみることにより、すべての共有者が各別に第三者に対して義務を履行すべき立場にあると説いている(47)。

以上の結果、たとえば特定の共有者のみが使用する共有物の管理が十分に行われなかったときは、それに起因する負担が他の共有者へといわば「しわ寄せ」される事態が生じることとなる。

もっとも、以上に述べたことは、共有者間における負担・責任の分配をも直ちに決定するものではない。共有物に由来して生じる負担・責任は、共有者間においては、その原因を作り出した共有者のみが負うべきものであろう。このことは、次のように説明することができる。第三者に対する関係での責任の帰属は、すべての共有者が共有物に対する排他的支配権を有することによって正当化される。これに対して、排他的支配権とは異なる原則によって決定されなければならない。その際には、原因の創出という行為に着目せざるを得ないであろう。

以上のことは、上記の「しわ寄せ」が生じる場面においては、原因を作り出した一部の共有者が、他の共有者に対して「迷惑」をかけることを意味する。ここでの「迷惑」は、他者による財産権の

(47) 最判昭和 43 年 3 月 15 日民集 22 巻 3 号 607 頁。所

有者が、各共有者に対して物権的請求権を順次行使する

ことができると説示するにあたり、本判決は、「相続登

記権を有する者が複数存在する。そのような状 記のない家屋を数人の共同相続人が所有してその敷地を不法に占拠しているような場合には、その所有者が果して何びとであるかを明らかにしえないことが稀では

ない」と指摘する。

行使を制約することではなく、財産権の行使・不 行使の結果を他者に転嫁することによって生じる。 しかし、これもまた、「財産権の行使に伴う弊害」 といって差支えないであろう。したがって、ここ では、他の共有者が、原因を作り出した共有者が 共有物に対して有する権利の行使を停止し、ある いは権利を奪うことができるかが問題とされるこ ととなる。単独所有権と比較した場合における持 分権の特徴は、財産権の制約の問題がこのような かたちで現れるところにある。

### (2) 持分権に固有の調整原理

土地の共同所有に限らず、あらゆる共有関係にお いて生じる可能性がある。そのような事態は民法 が予定するところであり、これを解決するための 仕組みも、民法のなかに既に用意されている<sup>(48)</sup>。 ただし、その内容を所有権と同様に分析するこ とは、当然にはできない。その理由は、持分権に ついては、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区別を想定することが難し いことにある。各共有者は、共有物を単独で使用 する権限を有する反面(249条)、他の共有者によ る共有物の使用を甘受すべき立場にあるため、持 分権については、権利行使の制限と使用収益権の

ところで、以上にみた「しわ寄せ」の問題は、

しかし、共有の場合においても、両者に対応す る問題を理論的には区別することは可能であり、 また、そうすることが望ましい。以下では、この 点を明らかにする。

設定との区別が明瞭にならないからである。

### (a) 権利行使の制限

まず、権利行使の制限については、一部の共有 者が単独で共有物を使用することによって、他の 共有者が共有物を使用することができなくなるこ

(48) 共有者不明の場面を念頭に置いた立法論議が、「土 地」だけでなく、共有物全般を射程に収めて行われるの も、民法が共有物全般を対象とする規律を既に有してお り、それと矛盾のない制度を創設する必要があることも 一因となっているように思われる。さらに、伊藤・前掲 論文(注(1))「上」90頁は、「土地と建物・動産につい ての規律が異なるとすると、共同相続による共有の場面 で混乱が生じうる」との要因を指摘する。

とがある。そのような場合の法律関係については、 二つの場面を区別して考察する必要がある。

第一は、一部の共有者による行為が、共有物の 独占的使用と評価されるにとどまる場面である。 この場合には、共有物を使用する一部の共有者に よる占有は、――それが持分の限度を超えて行わ れたと評価される限り――他の共有者との関係で は持分権の侵害を生じさせる。しかし、そのよう なときであっても、共有物を使用する一部の共有 者もまた、自らの持分権を行使して共有物を使用 する以上、物を使用しているという状態そのもの が違法であるとはいえない。

以上の状況は、次のように説明することができ る。共有物の使用は適法と評価されるから、他の 共有者による物権的請求権の行使は制限される (49)。けれども、持分権は、他者が有する所有権と の関係で占有権原となるわけではないから(50)、他 の共有者が有する持分権の侵害までも適法とする わけではない。その結果、他の共有者の持分権侵 害によって生じる損失は、不当利得法理によって 塡補されることとなる(51)。

このように、権利の共属関係においては、ある 者が物の使用する権能を有する反面、他の者がこ れを甘受すべき義務を負わない場面が生じる。い いかえれば、いささか奇異ではあるが、ここにお いては、「共有物の適法な使用による持分権の違法 な侵害」が生じ得ることとなる。

これに対して、第二の場面は、一部の共有者が した行為が、保存行為(252条ただし書)に当た る場合である。この場合には、その共有者がした 行為が適法であり、他の共有者がこれを排除する ことができないことに疑いはない。したがって、 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

 $<sup>^{(49)}</sup>$  最判昭和 41 年 5 月 19 日民集 20 巻 5 号 947 頁を参

この点につき、山城「補遺」(前掲注(3)) [32]を参

<sup>(51)</sup> 最判平成12年4月7日集民198号1頁を参照。

有者が自らの責任と権能において単独ですることができる。そして、この場合には、保存行為が適 法に行われる限り、他の共有者が有する持分権が 違法に侵害されたと評価されることもない。

#### (b) 使用収益権の設定

以上のうち、保存行為についてみたところは、 共有関係においては、使用収益権の設定に対応す る問題が、持分権に対する侵害がいかにして適法 と評価されるかという問題として――つまり、252 条の解釈問題として――現れることを示唆する。

ところで、共有物の「利用」は、それ自体としては「管理」(同条本文)の問題であり、持分権に対する侵害が「管理」に当たるためには、管理に関する多数持分権者の合意が形成される必要があると考えられてきた。このように、共有者間における共有物の利用方法の決定が、管理に関する事項の定めであるとされるのは、管理概念が――103条2号の規律に即して――保存・利用・改良を含むものと解されてきたことによる<sup>(52)</sup>。

もっとも、以上を踏まえて、ここにいう「利用」を共有物の使用・収益(249条)と同義とみるか、それとも、それとは異なるものとみるかについては、さらに理解の相違がみられる(53)。両者を区別する見解は、使用・収益が各共有者の個人的需要を目的とする行為であるのに対して、利用は、そのような目的によらず、共有物の全体をその経済的用途に従って活用することをいうとする(54)。このように、使用と利用との間に概念上の区別を認めることは、各共有者による共有物の使用が、権利行使としては適法であるにもかかわらず、他の

共有者が有する持分権との関係では違法な侵害と評価されることを説明するための有用な視角を提供する。それによると、一部の共有者による共有物の使用行為は、共有者による協議を経て「利用」たる資格を得てはじめて、他の共有者の持分権について生じる侵害をも適法とするとみるべきこととなろう(55)。

### (c) 権利帰属の変更

最後に、権利帰属の変更についていえば、民法は、一部の共有者が他の共有者の持分を取得するという帰結をもたらす仕組みとして、二つのものを用意している<sup>(56)</sup>。一つは、共有物に関する負担として生じる義務を履行しない共有者の持分を、相当の償金を支払って取得する場合である(253

(55) もっとも、使用と利用とを区別する論者にあっても、 その具体的適用の結果は一様ではないようである。たと えば、末弘・前同所(注(54))が、「共有者が相互の協 定を為した上各自自ら共有の家屋に住居するのは使用 行為である」と説くのに対して、舟橋・前掲書(注(52)) 383-384 頁は、「たとえば、共有建物について、各共有 者の持分に応ずる使用にまかせるのも、一つの利用方法 となりうる」と説いている。舟橋説は、使用と利用を相 互排斥的なものとは捉えず、一共有者による共有物の 「使用」が、協議を経ることによって総共有者による共 有物の「利用」となるとみるものであろう。共有者のう ちのだれが共有物を使用するかを協議によって決めた ときは、たとえその利益を特定の共有者のみが享受する こととなっても、252条本文による定めがされていない とはいえないから、舟橋説が正当であろう。この問題に 関する考察として、佐藤・前掲論文(注(52))が注目さ

(56) 以上のほか、一部の共有者が共有物を使用しない場 合に、共有物を占有する他の共有者が単独所有権を時効 取得することができないかが、共有者不明土地問題の解 決方法の一つとして検討されたことがあった(登記制 度・土地所有権の在り方等に関する研究会「登記制度・ 土地所有権の在り方等に関する研究報告書――所有者 不明土地問題の解決に向けて」(2019年2月)77頁 (http://www.moj.go.jp/content/001289333.pdf))。 かし、占有の性質は、権原の性質に従って決定されると いう原則的な取扱いに従う限り、共有者の占有は、-共有者以外の者との関係では自主占有と評価され得る としても――他の共有者を排除する性質を有するとは いえないであろう。したがって、共有物につき、一部の 共有者が他の共有者の持分権を時効取得するためには、 185条を準用し、以後、自らが単独で所有する意思があ ることを表示するか、または、新たな権原によってさら に単独所有の意思をもって占有を始めることを要する と解すべきであろう。

<sup>(62)</sup> この点につき、佐藤康紀「『共有』物の使用及び管理に関する規律とその多元性(1) 法協 137 巻 3 号 (2020年) 8 頁による分析を参照。管理行為の分類に関する伝統的理解については、我妻榮『新訂民法総則(民法講義I)』(岩波書店、1965年) 339 頁、我妻(有泉補訂)・前掲書(注(16)) 323 頁、末川博『物権法』(日本評論社、1956年) 313 頁、舟橋諄一『物権法』(有斐閣、1960年) 383 頁の説くところを参照。

<sup>(53)</sup> 両者を同義とみる見解としては、たとえば、七戸克 彦『物権法 I 総論・占有権・所有権・用益物権』(新世 社、2013年) 207 頁を参照。

<sup>(54)</sup> 末弘厳太郎『物権法 上巻』(有斐閣、1921 年) 425 頁、舟橋・前掲書(注(52)) 383 頁を参照。

条2項)。もう一つは、共有物の分割の結果、特定 の共有者のみが共有関係から離脱する場合である (258条1項)。後者の解決については、学説上、 その許否をめぐる異論もみられるが(57)、判例は、 「分割請求をする原告が多数である場合において は、被告の持分の限度で現物を分割し、その余は 原告らの共有として残す方法によることも許され る」とする<sup>(58)</sup>。

#### (3) 小括

以上まで、持分権の制限を可能とする共有法上 の規律を検討してきた。その結果に照らしてみる と、共有者不明土地問題は、二重の意味において 独自性に乏しい問題であるということができるよ うに思われる。

第一は、所有者不明土地問題との関係での独自 性である。持分権もまた、排他的支配権能を内容 とする権利であることから、その制約は、基本的 には所有権と同様の条件のもとでしか正当化され 得ない。したがって、持分権に基づいて共有者が 有する権能の内容を制約するためには、所有権と 同様の補償を必要とする。この限りでは、共有者 不明土地問題は、所有者不明土地問題以上のもの ではない。

第二は、共有の一般法との関係での独自性であ る。共有者不明土地問題の独自性は、一部の共有 者による共有物の使用・不使用が、他の共有者に 対して不利益を生じさせる点に見出される。しか し、そのような事態は、共有者不明土地に限らず あらゆる共有物について生じ得るものであり、そ の解決は既に民法によって用意されている。

以上のように問題状況を整理すると、共有者不 明土地問題をめぐる立法課題は、政策的側面から は所有者不明土地問題の一環として論じられるべ きである反面、理論的課題としては、共有法理の 内在的発展を促すものとして考察されるべきこと となろう。そこで、以下では、後者の関心に即し て、管理権の分配をめぐる規律と、権利帰属の変

更に関する規律とにつき、中間試案以降の立法論 議を採り上げて考察する<sup>(59)</sup>。

#### 2 管理権の分配

共有物の管理をめぐる問題について、中間試案 は種々の規定を設けることを提案している。それ らのなかには、それ自体が独立の規範としての価 値をもつというよりは、むしろ、現行251条・252 条に関する解釈論上の疑義を明らかにする趣旨と みられるものも含まれている。以下では、そのよ うなものとして三つの規律を採り上げ、中間試案 の提案において、共有法の基礎理論にどのような 方向づけが与えられているかを窺ってみたい。

#### (1) 目的物の使用権との調整

#### (a) 規律の内容

中間試案第1、1(1)は、252条の改正を提案す る提案である。その位置づけは、管理(252 条) と変更(251条)との区別を明らかにする趣旨の ものであると説かれるが<sup>(60)</sup>、むしろ、管理と使用 (249 条) との関係を整理したものとみるべき側 面がある。後者の観点からみれば、提案される規 律には次のような構想が窺われる。

まず、中間試案は、管理に関する事項を定める ことが管理行為に該当するとの理解を前提とする。 そのうえで、この原則が、管理に関する事項の定 めを変更する場合にも及ぼされる。問題は、一部 の共有者が共有物を現に使用する場合の取扱いで あるが、これについては、二つの場面が区別され る。第一に、共有物の使用が管理に関する事項の 定めに基づかないときは、管理に関する事項の定 めをすることによって、この者に対して明渡しを 求めることができる。第二に、共有物の使用が管 理に関する事項の定めに基づくときは、変更の内

<sup>(57)</sup> この点につき、山城「補遺」(前掲注(3)) [80]を参

<sup>(58)</sup> 最判平成 4 年 1 月 24 日集民 164 号 25 頁。

<sup>(59)</sup> なお、中間試案についての論評として以下に述べる ところは、パブリック・コメントとして提出した文書に 依拠するところが少なくない。その作成・提出にあたっ ては、早稲田大学所属の諸先生からご教示を受ける機会 を得た。個別にお名前を挙げることはしないが、ここに 記して感謝申し上げる。

<sup>(60)</sup> 中間試案の補足説明(前掲ウェブサイト(注(2))(以 下、「補足説明」と略記する)3頁。

容が占有者に「特別の影響」を及ぼす限りにおいて、占有者の同意を要する。ここにいう「特別の影響」とは、「変更の必要性・合理性とその変更によって共有物を使用する共有者に生じる不利益とを比較して、受忍すべき程度を超える不利益を受ける」ことをいうとされる<sup>(61)</sup>。

### (b) 考察

上記の規律は、少数持分権者が共有物を使用する場合において、多数持分権者が共有不動産の明渡しを求めるためには、「明渡しを求める理由」が必要であるとする判例法理を承けて<sup>(62)</sup>、「管理に関する事項の定め」が「明渡しを求める理由」に当たることを明らかにしたものだと考えられる。

このような規律は、管理に関する事項の定めに よらずに共有物が使用されている場合を念頭に置 けば、249 条と 252 条とを適切に位置づけるもの だといえる。事実上の使用は、総共有者による管 理に劣後すべきだからである。事実上の使用を保 護する必要がある場合には、多数持分権者による 持分権の行使を制約するための方途を別に講じれ ば足り、そうすることが正道でもあろう。

そのうえで、中間試案は、管理に関する事項の 定めに基づいて共有物が使用されている場合にも、 基本的には同様の規律を及ぼすこととし、ただ、 「特別の影響」の有無という個別判断によって明 渡しの可否を調整するという行き方を提案する。 これは、管理に関する事項の定めがされても、こ れに基づいて共有物を使用する者に借地権者的地 位が付与されるわけではないとの理解を前提とす る。しかし、この解決には疑問の余地があるよう に思われる。

たとえば、甲土地を共有するA・B・Cが、3年間、Aが甲土地を独占的に使用する代わりに、持分の割合に応じてB・Cに対して賃料相当額を支払うことを合意したとする。中間試案の規律によれば、この場合においては、Aに「特別の影響」が生じない限り、B・Cは、Aが共有物を使用するという取決めを変更することができることとな

<sup>(61)</sup> 補足説明 5 頁。

ろう。これに対して、「甲土地を共有するB・Cが、 共有者ではないAとの間で、3年間、Aに対して 甲土地を賃貸することを合意した」という事案に おいては、Aは、少なくとも3年の期間内はその 利用権を奪われることがない地位を得る(618条 反対解釈)。のみならず、要件を充たす限りは、借 地借家法による保護をも享受し得ることとなろう。

以上によると、持分権に基づく物の使用と、賃 借権に基づく物の使用との間には取扱いの差異が 生じる――しかも、前者の場合における保護がよ り小さい――こととなるが、このような帰結は、 均衡を失していないであろうか。先述のとおり、 各共有者が共有物を使用するという状況において も、それが単に自らの権能(249条)によって正 当化されるにすぎない場合と、管理に関する事項 の定め(252条本文)によって基礎づけられる場 合とでは、理論的な意味が異なると考えられる。 後者の場合において、管理に関する事項の定めに 基づいて共有物の使用を許すことは、法律行為に よる占有権原の付与とあたかも同視することがで きるであろう。そうであれば、この場合には、使 用権を設定する旨の合意がされた場合と同様に取 り扱うことに合理性がある。具体的には、対価の 支払を伴うか否かに応じて、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ろう<sup>(63)</sup>。

なお、以上の理を説明するためには、少なくとも共有物の使用に関する協議がされたときは、共有者間に一定の内部関係が形成されるとみることが論理的であろう。そうすると、協議において使用の対価を支払うことをも合意したときは、その支払義務は、不当利得としての「償金」ではなく、合意に基づく債務としての性質を帯びるはずであ

<sup>&</sup>lt;sup>(62)</sup> 最判昭和 41 年 5 月 19 日民集 20 巻 5 号 947 頁。

<sup>(63)</sup> 地上権や永小作権に準じた保護を与えることも考えられないではない。しかし、これらの規定は、第三者に対する対抗可能性について主な実益を示すものであり、内部的な関係の規律については、債権関係を基礎とすることとしても不都合はないであろう。地上権・永小作権について、賃貸借関連規定が準用される場合があることからみても(266条2項、273条)、民法においては、物を有償で利用することを目的とする契約関係は、賃貸借を祖型として形成されているとみることができると考える。

る。この点につき、中間試案第1、1400は、共 有物の管理に関する事項についての定めに従って 共有物を使用する者が、他の共有者に対して、共 有持分の価格の割合に応じて対価を支払う義務を 負うとする規定を提案する。しかし、この義務は 合意に基づいて生じるとみれば足りるであろうか ら、この種の規定は無用であろう(64)。中間試案後 の検討において、「共有者間において別段の合意が あるときは、当該共有者間においては、その合意 に従う」とする規定が提案されたことは(部会資 料27本文4①)、適切であると考える。

#### (2) 意思形成困難への対応

### (a) 規律の内容

次に、中間試案は、共有物の管理に関する多数 持分権者の意思形成を行うことを容易にするため の方途として、同意取得の方法についての定めを 置くことを提案しているから(第1、1(3))、これ に検討を加える。

中間試案が提案する規律は、次のように要約す ることができる。まず、多数持分権者による同意 を取得することができない場合には、催告をする ことができる。この催告は、公告によって代える ことができる。そのうえで、催告に対して確答し なかった共有者は、その行為についての意思決定 に関する限り、共有者として扱わないこととする。 その結果、当該共有者を除いた他の共有者を決定 権者として、共有物の変更はその全員の同意によ り、共有物の管理はその過半数により、それぞれ 決定することができる。

### (b) 考察

共有物の管理に不熱心な者がいる場合について、 従来の民法上の規律によれば、三つの対応が考え られる。第一に、保存行為(252条ただし書)は、 各共有者が単独ですることができる。第二に、共 有物の分割請求(256条)は、各共有者がいつで

<sup>(64)</sup> 中間試案による提案については、無償での使用を許 すこともできると説明されているが (補足説明 15 頁)、 この場合にも、不当利得返還債務が免除されるのではな く、無償での使用を許容する旨の契約関係が成立すると みるべきであろう。

もすることができる。第三に、それらをせず、共 有物を放置しておくことも、民法の禁ずるところ ではない。

しかし、別稿において述べたとおり、民法が共 有物分割を促す仕組みを採用していることには疑 いがない(65)。このことにかんがみれば、共有物が 管理されないままに放置されるよりは、何らかの かたちで活用する方途を模索することが、民法の 背後にある政策的判断に整合的な解決だといえる であろう。ただ、その手段として分割のみに依拠 するのでは、共有者の便宜に適わないことがある だけでなく、権利客体の細分化を招来するおそれ もある。こうした事情にかんがみて、共有物の分 割によらず、管理・変更に関する合意の形成を容 易にする手段を設けるところに(66)、中間試案の狙 いがあったとみられる。このような考慮は、合理 的なものであろう。

#### (3) 法律行為の効果帰属

#### (a) 規律の内容

中間試案は、共有物を管理するために、共有者 が管理者を選任する場合の規律を設けるべきこと を提案する(中間試案第1、1(5))。その規律には、 三つの側面がある。第一に、管理者の選任・解任

<sup>(65)</sup> 山城「補遺」(前掲注(3)) [67]以下を参照。

<sup>(66)</sup> なお、中間試案以降の議論においては、共有者全員 の同意を要する変更行為(共有物の改良を目的とし、か つ、著しく多額の費用を要しないものに該当しない変更 行為。部会資料40本文1を参照)については、上記の 手続によって同意を不要とすることはできないものと することが提案されている(部会資料41本文第1、1)。 変更を除外する理由として説かれるところ(部会資料 41 (補足説明) 1(1)) のうち、「行為の重大性」に関す る指摘はそのとおりであろうが、「催告を現実に受けて おり同意をすることができる状況にあるのに、あえてこ れに同意しなかった者を、同意をしたものと同様に扱う」 ことが「同意を変更行為の要件としていることと矛盾し ている」という点は、変更行為のみをこの規律の対象外 とする理由とはならないように思われる。たしかに、管 理行為の場合には、多数決の母数に算入されないだけで あって「同意したものと同様に扱う」わけではないであ ろうが、反対者として扱われない点では異ならない。た とえば、3名の共有者のうち、特定の管理行為を行うこ とについて賛成する者が1名、反対する者が2名いる状 況において、反対者2名が催告に対して返答をしなかっ たとすると、結局のところ賛成者の意思のみによってそ の管理行為をすることができることとなろう。

は、管理行為(252条本文)の枠内において行わ れる。具体的には、管理者の選任・解任は、いず れも各共有者の持分の価格に従い、その過半数で 決することとされる (同ア、エ)。第二に、管理者 が有する財産管理権限は、管理に関する事項につ いての定めに服し(同イ)、それを行使した効果は、 251条・252条の区分に応じて、管理財産に帰属す る (同ウ)。そして、第三に、管理者は、委任に関 する規定によって義務を負い、すべての共有者の ために、誠実かつ公平にその権限を行使しなけれ ばならない(同才)。このこととの関係では、「委 任者の地位あるのは、実際に管理者を選任するこ とに同意した共有者だけでなく、全ての共有者で ある」と注釈されたことに注意が必要である(67)。

### (b) 分析

以上のとおり、中間試案においては、252条に 基づいて行われる管理人の選任が、共有物に対す る管理権の行使だけでなく、総共有者に対する契 約上の地位の帰属をも基礎づけるとの理解が前提 とされている。しかし、このような理解は、決し て自明ではない。というのは、こうである。

共有物を管理するために、共有者の一人が何ら かの法律行為をする場合には、法律行為の効果が 発生するかという問題と、その履行として行われ る財産管理の結果が管理財産に帰属するかという 問題とは、区別して考察されなければならない(68)。 その法律行為が共有物の管理にあたるか否かは、 共有者間の法律関係の問題であって、第三者との 間で締結される法律行為の有効性には原則として 影響を及ぼさない(69)。逆にまた、法律行為が有効 であるからといって、その結果が当然に適法な管 理行為と評価されるわけでもない。たとえば、建 物共有者の一人が、他の共有者に無断で共有建物 の大規模修繕を目的とする請負契約を締結したか らといって、請負契約自体が無効となるわけでは

事態を単純化していえば、以上のことは、共有 物の管理が物権法上の問題であるのに対して、法 律行為の効果帰属が債権法上の問題に属すること によって説明することができる<sup>(71)</sup>。これと同じこ とは、共有物の管理者を選任する契約についても 同様に当てはまるはずである。それにもかかわら ず、252 条による管理行為として行われた法律行 為が総共有者に帰属するというのであれば、252 条は、財産管理権のみならず、法律行為の代理権 授与をも基礎づけると解するほかない。そうであ るならば、改正規定は、まずはその趣旨を明らか にするものでなければならないであろう。

#### (c) 考察

以上の点についてどのような立場を採用すべき かは、共有物に対する管理権の行使として第三者 との間で管理のための契約(以下、「管理契約」と

(67) 補足説明 20 頁。

(70) 中間試案以降の議論においては、この点が採り上げ られて検討された(部会資料41本文第4(補足説明) 1(1))。そこでは、共有者と管理者との関係がもっぱら 委任契約によって規律されるとの「考え方もある」との 理解を前提として、適法に管理者が選任された場合には、 管理者がした管理行為によって「他の共有者が否定する ことができないという効力は生じる」のであり、「管理 者と選任に賛同をしていない共有者との間にも一定の 法律関係(管理者選任関係)が生じていることは否定で きない」とされる。これは、本文に述べたところの「財 産管理の結果が管理財産に帰属する」という関係を論じ たものとみられるが、以上の分析の特徴は、これを「管 理者と選任に賛同をしていない共有者との間」の法律関 係とみるところにある。しかし、本文に述べたとおり、 そのような関係は共有者間において生じるものではな いかとの疑問をもつ。

(71) より厳密にいえば、ここでは、財産管理と、その手 段として行われる法律行為との区別が問われている。こ の点は、他人の財産管理が必要となるあらゆる場面にお いて問題となるものであり、かつ、概念的には区別され てきたとみられる(たとえば、824条を参照。同条にお ける「管理」と「代表」の関係についての理解として、 大村敦志『家族法』(有斐閣、第三版、2010年) 109 頁 を参照)。

ない。他方で、請負契約が有効であるからといっ て、これに基づいて行われた工事が共有物の管理 となるわけではなく、また、請負契約が取り消さ れたとしても、当該契約に基づいて行われた管理 行為が適切である限り、共有物の管理としては適 法である(70)。

<sup>(68)</sup> 於保・前掲書(注(30)) 23-25 頁。

<sup>(69)</sup> 共有物の管理にあたらないことを理由として第三 者との間で締結される契約の有効性が否定されるため には、その契約を締結することが管理行為としても有効 であることを条件とする必要があろう。

いう)を締結するときに、その当事者となるのは、 契約を締結した共有者だけで足りるのか、それと もすべての共有者でなければならないのかにかか っている(72)。この問題について、中間試案以降の 議論は、当初、二つの規律を比較しつつ検討を行 った<sup>(73)</sup>。

第一は、総共有者が当事者となることを求め、 管理者である第三者と全ての共有者との間に委任 関係(委任契約)が成立するとする考え方である (【甲案】)。このような意味での「管理者」の例は、 実定法上、建物区分所有法25条に見出される。区 分所有建物の管理者は、総区分所有者のために共 用部分等について管理行為を行う者であるが(同 法26条1項)、集会の決議(同法39条1項)によ って選任され、その選任の効果は、決議に反対し た者も含めて、すべての区分所有者に帰属するこ ととなる<sup>(74)</sup>。

これに対して、第二は、一部の共有者のみが当 事者となれば足りるとし、管理者である第三者と 実際に管理者との間で委任契約を締結した共有者 との間に委任関係 (委任契約) があるとする考え 方である(【乙案】)。上述のとおり、民法の原則に 従う限りは、この提案が支持されることとなろう。 中間試案以降の議論も、このような理解を基礎と して進められていることが窺われる(75)。

これに反して、建物区分所有法において、管理 者選任の効力が総共有者に及ぶとされるのは、直 接的には、管理者が、その職務に関して区分所有

(72) なお、旧来の学説においては、数人の者が法律行為 の当事者の一方に加わり、共同して意思表示をする場合 を「共同行為 (acte juridique conjonctif)」として考 察するものがみられた(共同行為の概念については、山 城一真「共同型の法律行為について」中田裕康先生古稀 記念論文集(近刊)において考察する機会を得た)。こ の観点からすれば、以下にみる問題は、共有物の管理の ために第三者との間で締結する契約が、必要的共同行為 と任意的共同行為のいずれに当たるかというかたちで 定式化することができるであろう。

者を代表するものと明文で定められている(同法 26条2項)ことによる。そのような規律が正当化 されるのは、管理者の選任が集会の決議によって 行われるからであろう。団体としての意思決定の 手続が整備されているからこそ、反対者を含めた 総構成員への効果帰属が正当化されるのだと考え られる<sup>(76)</sup>。

### (d) 規律の整理

こうして、上記第二の規律に依った場合には、 共有者と管理者との関係は、次のように規律され ることとなると考える。

まず、一部の共有者(「委任者たる共有者」とい う) が第三者(「管理者」という) との間で締結し た管理契約の効力は、他の共有者には当然には及 ばない(77)。その効果帰属を基礎づけるためには、 何らかのかたちで、委任者たる共有者に対して代 理権が与えられていなければならない。

次に、委任契約の当事者たる地位は、委任者た る共有者と管理者とに帰属する。このことから、 次の各帰結が導かれる。

共有物を管理することの対価として報酬の定め がされたときであっても、管理者は、他の共有者 に対してはその支払を請求することができない。 しかし、委任者たる共有者が報酬を支払ったとき は、管理者によって行われた行為が共有物の管理 と評価される限りにおいて、「管理の費用」(253

<sup>(73)</sup> 部会資料 27 本文 5 (3)以下を参照。

<sup>(74)</sup> 稻本洋之助=鎌野邦樹『コンメンタールマンション 区分所有法』(日本評論社、第三版、2015年) 228 頁を

<sup>(75)</sup> 部会資料 41 本文第4 (補足説明) 1を参照。

<sup>(76)</sup> 決議については、その招集をはじめとする手続につ いて詳細な規定が設けられている(建物区分所有法 34 条以下)。なお、中間試案においては、共有物の管理に 関する事項の定め等につき各共有持分の過半数で決す る際の手続を明確にすることが課題とされていた(中間 試案第1、1(2))。しかし、その後の議論においては、 この点につき、特に規定を設けないとする方針が示され ている(部会資料27・11頁以下を参照)。

<sup>(77)</sup> 同じことは、第三者に共有物を使用させるために締 結される賃貸借契約についても当てはまるであろう。も っとも、部会資料 40 本文 2 (補足説明) 3(1)は、管理 行為についての規律に反して締結された賃貸借契約は 「無効になる」と考えているようであり(持分価格の過 半数をもって借地借家法の適用がある建物賃貸借を締 結した場合)、管理の効果が帰属するかという問題と、 第三者との間での法律行為が効力を生じるかという問 題が区別されていないことが窺われる。しかし、既にく り返し述べたとおり、この点は疑問である。

条1項)として、他の共有者に対して支払った報酬額を持分に応じて償還するよう求めることができる。

管理者は、自らに管理を委託した者との間にお いて(のみ)、誠実かつ公平にその権限を行使すべ き義務を負う。したがって、たとえば管理者が管 理契約に基づいて共有物の管理を行ったものの、 その方法が不適切なものであったときであっても、 他の共有者は、――管理者がする行為の停止を求 めることはできるにせよ(78)――、当該管理者を解 任することはできない<sup>(79)</sup>。管理者を解任すること ができるのは、委任契約関係の当事者たる地位を 有する者、つまり、委任者たる共有者だけだから である。他の共有者としては、委任者たる共有者 に対して解任を求めるほかないが、委任者たる共 有者がこれを拒絶したことで損害を被ったときは、 管理者および委任者たる共有者に対して、不法行 為に基づく損害賠償(709条)を求めることがで きる。その一方で、管理者は、他の共有者から異 議を受けたときは、損害賠償請求に晒されるおそ れがあることを理由として、委任者たる共有者に 対しても管理契約の履行を拒絶することができる であろう。

委任者たる共有者は、他の共有者が反対する場合であっても、管理者を解任することができる。 かりに他の共有者が管理者による管理の継続を望むのであれば、持分権者の過半数からの同意を得て、同じ管理者を再度選任すべきこととなろう。

### 3 権利帰属の変更

共有物の管理に関する以上の規律とともに、権利帰属の変更に関する中間試案の提案もまた、基本的には解釈論上の疑義の解消という性格をもつとみられる((1))。ただ、共有物の分割については、それがもたらす弊害も懸念されているから、その点にも一言することを試みたい((2))。

### (1) 価値の平等原則への転換

別稿において検討したとおり<sup>(80)</sup>、共有物の分割については、かつては、各自が現物の一部を分割によって取得し得ることを原則とすべきであるとする原則――「現物の平等」の原則――が制度設計の前提とされていたのに対して<sup>(81)</sup>、森林法違憲判決に端を発する判例の展開においては、価格賠償の承認を通じて「価値の平等」への志向が顕著である。中間試案は、「価値の平等」の原則を承認する((a))とともに、これを一段進める((b))ことを企図したものとみられる。それぞれの側面について、以下に考察する。

### (a) 原則の承認

まず、中間試案第1、2(1)は、全面的価格賠償を分割方法として承認することを前提としたうえで(②イ)、その要件を定めるとともに(③)、代金分割よりも価格賠償を優先させることを提案する(④)。さらに、共有物分割を命じる判決を下す際に、形成判決である分割の判決と併せて、金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行等について給付を命じる判決を下すことができるものとする(⑤)。

以上の提案は、「価値の平等」の原則に沿う解決を立法によって承認するものといえるが、これは、土地の負財化への対応としてみれば、一貫した態度といえるであろう。というのは、こうである。 先に述べたとおり<sup>(82)</sup>、負財化は、一面においては

<sup>(78)</sup> その法的根拠は、持分権に基づく物権的請求権と構成することができるであろう。

<sup>(79)</sup> なお、部会資料 41 本文第 4 (補足説明) 2(1)は、提案される規定の効果として、委任契約の解除としての解任とは別に、「管理者選任関係」(前掲注(70))の解消を問題とする。しかし、上述のとおり、管理者による管理行為の結果が管理財産に帰属することを正当化するために、管理者との間での法律関係を観念する必要はないように思われる。ここにいう「解任」とは、結局、共有者間における共有物の管理方法の変更にほかならないであろう。

<sup>(80)</sup> 山城「補遺」(注(3)) [76]以下を参照。

<sup>(81)</sup> この点については、山城「補遺」(注(3)) [77]において簡単に触れたところのほか、原田純孝「所有者不明土地と日本民法相続法の問題点(上)——登記制度も含め、フランス民法典相続法との対比の中での検討」2019年秋号(2019年)75-77頁の叙述を参照。

<sup>(82)</sup> 本稿 I 2(2)(a)を参照。

権利の客体が細分化されることによって生じる。 しかるに、現物の分割は、権利客体を細分化する ことによってしか実現することができない。以上 の観点からは、価格賠償を正面から承認する中間 試案の提案は、権利客体の細分化を回避するもの として支持されるべきであると考える。

#### (b) 原則の展開

次いで、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 場合につき、その共有者の不動産の共有持分を取 得することを可能とする規律の導入を提案する (中間試案第1、2(2))。具体的には、不明共有者 の持分につき、相当と認められる金額を供託した うえで、最終的に持分の時価相当額を与えること によって、これを他の共有者が取得することがで きるものとする。ただ、これを実現するにあたり、 当事者の請求のみによって持分移転の効果が生じ るとするか(【甲案】)、それとも、判決によって持 分移転の効果が生じるとするか(【乙案】) につい て、立場が対立する。

ところで、既に述べたとおり、一部の共有者が 共有物の管理を行わず、また、円滑な管理の実現 を妨げる場合への対応として、現行法においては、 共有関係の全部または一部を解消することがもっ ぱら想定される。こうした需要に応える制度とし て、現行法上、253条2項による権利取得のほか、 一部共有者に対して価格賠償をしたうえで、その 共有者だけを共有関係から排除する形態で分割を 行う方法(256条)が考えられることも、既に確 認したとおりである。前者は、共有者の請求のみ によって持分取得の効果を生じさせるのに対して、 後者においては、分割の合意が成立しない限り、 形成判決によって持分取得の効果が生じることと なる。

以上の視点から【甲案】【乙案】をみると、両案 の相違は、持分取得の効果を生じさせるにあたり、 253条2項と同じく共有者の請求のみをもって足 りるとするか、それとも、256条のように形成判 決を得る必要があるとするかに帰するといえるで あろう。したがって、中間試案による提案の適否

を考察するにあたっては、各規定が念頭に置く場 面との利益状況の比較を行うことが有用であると 考える。

253条2項において、裁判所が関与しない譲渡 の強制を基礎づけられるのは、共有物の管理に関 する負担が増大するという状況があるからである う。しかし、一部の共有者の存在・所在が不明に なっているとしても、そのこと自体は他の共有者 に負担を課することとはならない。そのことによ って実際に管理の費用の不払が生じた場合ならば、 まさに253条2項による持分取得が可能である。

これに対して、一部の共有者の存在・所在が不 明な場合には、その共有者を排除するかたちで、 価格賠償による共有物分割が認められるのが通常 であろう。共有者の一部が不明であることは、価 格賠償を相当とする事情であるといえ、また、供 託が行われることにより、共有者間の実質的公平 が確保されることとなるからである。その意味で は、本規定には、全面的価格賠償を許容する立場 (前述、中間試案第1、2(1)) を前提として、一 定の場合にその要件が定型的に充足されることを 定めたものとしての性格を認めることができる。

以上の見方に立つときには、本規定による持分 の取得は、――共有者またはその所在を確知する ことができないために、分割の協議を行うことを 期待し得ないことを当然の前提として――裁判に よる共有物分割の場合と同じく、裁判所の関与の もとで行われるとみることが合理的であろう。中 間試案以降の議論は、裁判所の決定を要件とする 構想を基礎として進められている(部会資料 41 本文第2①)。

## (2) 分割による解決の弊害

ところで、共有物の分割に依拠する解決に対し ては、それが「アンチ・コモンズの悲劇」をもた らすとの懸念が高村学人教授によって表明されて いる(83)。

<sup>(83)</sup> とりわけ、高村・前掲論文(注(20))を参照。以下 での検討は、この論旨に負っている。所有者不明土地問 題に即してアンチ・コモンズ論を分析する論稿として、 さらに、角松生史「過少利用時代における所有者不明問

#### (a) 問題の指摘

高村教授によれば、アンチ・コモンズの悲劇とは、「一つの物に対してあまりにも多くの所有権者が存在すると利用をめぐる合意形成が困難となり、望ましい利用が不可能となる社会的ジレンマ」をいう<sup>(84)</sup>。これを土地所有についてみると、土地を共同所有する場合には、共有土地の管理・変更について共同者間において合意形成を行う必要がある。それが円滑に行われる場合には、その土地を各共有者の単独所有とするよりも、土地のスケールメリットを活かすことができるため、望ましい支配状態が実現されているといえる。これに対して、共有者の数が増えたために合意形成に困難を来たし、それが土地の利用を妨げるときには、アンチ・コモンズとよばれる状況が生じることとなる<sup>(85)</sup>。

以上の整理に基づいて日本法の状況を考察するにあたり、高村教授は、「多数共有者型アンチ・コモンズ」と「零細分散錯圃型アンチ・コモンズ、つまり「通常の一物一権ではなく、一つの物に対する所有権が切り出され、権利が重層的になっている状態」によって生じ、後者は、空間的アンチ・コモンズ、つまり「一つのまとまりとして機能すべき空間において土地が細かく分割されてしまったため、望ましい機能が発揮できなくなっている状態」によって生じる<sup>(86)</sup>。共有法は、これらいずれの問題とも関わりをもつと考えられるから、以下ではそれぞれについて考察する。

### (b) 多数共有者型アンチ・コモンズ

多数共有者型アンチ・コモンズが生じる現行法 上の要因として、高村教授が指摘されるのは、次 の点である。第一に、多数の所有者が存在するよ うになる要因としては、(時に数代にもわたる) 相 続未登記が深刻な問題となっている<sup>(87)</sup>。第二に、

題」土地総合研究 2017 年春号(2017年) 19 頁をも参照。

合意形成を阻害する要因としては、共有物の変更について全員一致原則が採用されており、しかも共有物の管理と変更との区別があいまいであるために、全員一致による解決が志向されがちであることが指摘される<sup>(88)</sup>。

これらがいずれも解決を要する現行法上の課題 であることは、疑いないであろう。ただ、第二の 問題は、共有者が多数に及ぶか否かにかかわらず 生じ得るものであるから、アンチ・コモンズの状 熊を惹き起こす大きな要因ではあるにせよ、より 一般的な共有法の不備として対応されるべき問題 であろう。その対応としては、一方では、「管理」 「変更」等の概念を明確化するための解釈論上の 努力がされるべきであり(89)、他方では、共有者が 不明である等の事情によって合意形成が難しい場 合への立法論上の処置が求められる。今般の立法 は、直接には、後者の課題に対応することを企図 したものだといえる。これに対して、第一の問題 は、共有そのものではなく、それを生じさせる原 因、具体的には相続に関わるものであり、相続法 制全体の枠内において考察される必要がある(90)。

### (c) 零細分散錯圃型アンチ・コモンズ

これに対して、零細分散錯圃型アンチ・コモンズは、所有権の客体である土地が空間的に細分化されることによって生じる。そのような事態は、多数人によって共有される土地について現物分割をくり返すことによっても生じる(91)。

先に述べたとおり、法理の現状においては、「現物の平等」に代えて「価値の平等」を分割の指導原理とみることにより、こうした状況への対応が

<sup>&</sup>lt;sup>(84)</sup> 高村・前掲論文(注(20)) 75 頁。

<sup>(85)</sup> 高村・前掲論文(注(20)) 76頁。

<sup>&</sup>lt;sup>(86)</sup> 以上、高村・前掲論文(注(20)) 77 頁。

<sup>(87)</sup> 高村・前掲論文 (注(20)) 77 頁。さらに、シンポジウム「不動産所有権の今日的課題」(前掲注(3)) 12 頁

<sup>(</sup>上段) における高村学人教授のコメントを参照。

<sup>(88)</sup> 高村・前掲論文(注(20)) 79-80 頁。

<sup>(89)</sup> 山城・前掲論文(注(3)) 41 頁以下においてこの点を論じることを試みたが、その分析にはなお不十分な点があったように思われる。なお、シンポジウム「不動産所有権の今日的課題」(前掲注(3)) 37 頁以下における鎌野邦樹教授による質問を参照。

<sup>(90)</sup> この問題につき、本誌収録の吉田克己教授による論稿「管理不全問題に対応する相続法」を参照。

<sup>(91)</sup> 高村・前掲論文(注(20)) 87 頁は、森林法違憲判決によって森林の分割をコントロールする立法が困難になったことが、零細分散錯誤型アンチ・コモンズの出現に対しても一定の影響を与えたと分析する。

試みられている。もっとも、高村教授は、価値の 平等を志向するとしても、競売による分割が行わ れる場合には、土地を使用する需要の大きい者(農 地の実質的な継承者等) がこれを競落することが できるとは限らず、金融機関が市場価格よりも低 い価格で競落することがあり得ると指摘される <sup>(92)</sup>。これを避けるための方策としては、現占有者 に先買権を付与することが、一つの可能性として 指摘される。

特定の共有者に対して先買権を付与することは、 現行日本法において想定される解決ではない。し かし、全面的価格賠償による分割を承認すること によって、これと同様の考慮をかなりの程度まで 実現することができるのではないかと思われる。 というのは、こうである。たしかに、裁判分割に おいて全面的価格賠償が採用される場合には、占 有者による共有土地所有権の優先的取得が保障さ れるわけではない。けれども、この場合には、い ずれの共有者に対してどのようなかたちで分割後 の共有物を取得させるべきかを裁判所が評価する ことが予定されており、その相当性を判断するに あたっては、共有物の使用を必要とする者がいる ことが考慮される(93)。そうすると、少なくとも共 有土地の要否をめぐる各共有者の利益状況が明ら かな場合には、賠償金の支払について他の共有者 を害しないような方途が合理的に講じられる限り、 共有土地の使用を必要とする者による権利取得を 期待することができるであろう(94)。

(92) シンポジウム「不動産所有権の今日的課題」(前掲 注(3)) 12頁(下段)における高村学人教授のコメント

以上にみたところから、価値の平等を志向する ことは、先買権ほどに強力な権利を特定の共有者 に与えるものではないとしても、共有土地の利用 状況を適正化するために一定の有用性をもつと考 えたい。

### 4 小括

■において論じてきたことをここで要約してお くと、次のとおりである。

まず、持分権は、権能の内容についてみれば所 有権と同じものであるから、それに基づいて行使 し得る権利と、それに伴って生じる責務について も、所有権と同様に扱われる必要がある。ただ、 共有の場合には、一部の共有者について生じる事 情が、共有物を媒介して、他の共有者についても 必然的に影響を及ぼす。共有者内部の法律関係は、 それを適切に調整するものでなければならない。 共有者不明土地に固有の法的問題は、この点をめ ぐって生じる。

次に、共有者内部の法律関係における持分権の 制約に関しては、単独所有と同様に、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 という三つのレベルを区別して考察することがで きる。共有者不明土地問題への実効的な解決は、 上記②および③のレベルで図られるが、そのため には、252条、256条のサブ・ルールとして、共有 物の管理・分割の枠内においてどのような対応が 可能であるかを明らかにする必要がある。共有者 不明土地問題をめぐる立法論上の問題は、このよ うな共有法の基礎理論への対応という側面を含ん でおり、中間試案による提案は、基本的には既存 の法理を明確化する性格のものとみることができ る。

### V おわりに

土地は、人間の生活にとって不可欠の基盤であ るという意味において、公共財である。このこと は、反面において、土地の所有権が負の外部性を

<sup>(93)</sup> 全面的価格賠償を選択することが相当であるか否 かを判断するにあたり、「共有物の利用状況」を考慮す べきことが判例において特に指摘されていることが(最 判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁)、ここで 想起されてよいであろう。

<sup>(94)</sup> より直接的に権利取得を基礎づける方法としては、 取得時効の成立を認めることが考えられる。しかし、持 分権者による占有は、権原の性質に照らして判断する限 り、他に競合する持分権者が存在することを前提とする ものだといわざるを得ないであろう。そうすると、他の 共有者との関係で権原の性質が変更されない限り(185 条)、時効による権利取得の余地はないとみるほかない。

生じやすい財産権であることをも意味する(95)。

所有者不明土地問題をめぐっては、「利用価値も なく、周囲に影響も及ぼさない土地であれば、所 有者の所在が不明であっても、問題が生じている とはいえない」との評価もみられる(%)。たしかに、 土地の所有者不明化を証する諸種のデータに基づ く現状認識の適否をめぐっては、議論の余地があ ろう(97)。けれども、人口減少に直面する社会にお いて、土地の過少利用状態が生じることは避けら れない(98)。また、それらの土地には、市場取引の 需要を喚起しないものが含まれていることもたし かであろう。しかし、土地の利用は、市場を通じ てのみ行われるわけではなく、環境保全、災害対 策等の公共政策を実現するための資源ともなる。 これらの政策課題への対応は、民法が直接の対象 とする問題であるとはいい難い。けれども、こと が土地の所有権に関わる以上、民法の立法課題と しても軽視し得るものではないだろう。

共有者不明土地問題の重要性は、一つには、所有者不明土地問題がもつこうした重要性を社会・政治的文脈においてトレースするところにある。それとともに、共有法理に内在してきた不備を意識させ、その見直しを立法論上の現実的な課題として提示した点に、共有者不明土地問題のもう一つの意義があるといえるであろう。

<sup>(95)</sup> 森村・前掲書 (注(40)) 187 頁を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>(96)</sup> 伊藤・前掲論文(注(1))「上」88 頁。

<sup>(97)</sup> とりわけ、「所有者不明土地は既に九州に相当する面積にまで広がりをみせて」いるという認識(所有者不明土地問題研究会 局終報告書――眠れる土地を使える土地に『土地活用革命』」(2017年)20頁)が多分に誇張を含んだものであることは、くり返し指摘されているところである。

<sup>(98)</sup> 吉田・前掲書 (注(7)) 237-238 頁。