

所有者不明土地等に係る所有権のみなし放棄制度の研究

(一財) 民間都市開発推進機構・都市研究センター

専任研究員 福田充孝

(要約)

所有者不明土地問題に対しては、民法を改正し所有者不明土地管理制度を創設し、対応を行ったところであるが、土地以外にも所有者が不明で個人の財産や周辺環境に悪影響を及ぼす財産が存在しており、対処療法では対応しきれない。

そこで、不動産、動産を問わず、所有者が不明で問題を発生させている財産を利活用または処分できるような「所有者不明財産のみなし放棄制度」について検討を行った。

その際、既存の制度として、農地法、休眠預金活用法、自転車放置条例等に加え、民法の時効制度及び埋蔵物制度を参考にし、それら共通の要件として、

- ① 所有者の占有の喪失
- ② 所有者の所有意思の欠如

があることを示した。

これらの要件に当てはまる所有者不明財産はのみなし放棄制度の対象とし、利活用又は処分の手続を簡略化すべきである。

1 本稿の目的

1.1 所有権のみなし放棄制度検討の必要性

急速に少子高齢化の進展する我が国においては近年様々な政治的・経済的・社会的問題が生じている。その一つに「所有者不明土地（「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法(平成 30 年法律第 49 号)(以下、「利用円滑化法」という。)2 条 1 項参照) 問題」がある。

高度成長期には土地供給が追いつかず、地価が上がり続けるという土地神話が信じられていたが、バブル経済が崩壊し地価が下落するとともに土地神話は終焉を迎えた。その後我が国の少子高齢化が進んだことにより、土地需要がさらに減少し地価も下落したため地方圏を中心に土地所有

権を放棄しようとする者が増加してきている。

かつて我妻栄博士が「いかに固定資産税が高くても、不動産所有権を放棄するという実例はあるまい。無用の法律論といわれそうだから、やめにしておこう」(我妻栄=幾代通・川井健補訂(2006)『民法案内 3 物権法 上』,勁草書房, p257)」と述べられたように、このような事態は戦後の日本ではほとんど考えられなかったことである。

また、近年は所有者が放棄したと考えられる動産、放置して顧みられない動産も増加している。特に、2040 (令和 22) 年には、太陽光パネルの廃棄物問題が生じることが予想されている (資源エネルギー庁

「2040年、太陽光パネルのゴミが大量に出てくる？再エネの廃棄物問題」²⁾、<https://www.enecho.meti.go.jp/about/special/johoteikyo/taiyoukouhaiki.html>)。

このように、不動産、動産を問わず、財産が放棄され問題が生じることがあるため、そのような場合の法的な処理方策一般について不動産、動産共通の理論を検討しておくことが望ましいと考えられる³⁾。

本稿では、所有者不明土地を公共のため有効活用できるようにする方策として、「所有者不明土地のみなし放棄制度」及びその理論的根拠を検討するとともに、その基本的な考え方を一般化し、共通の原理・原則の下で所有者が不明である動産も対象とする「所有者不明財産のみなし放棄制度」に関する考え方を提言することを目的としている。

1.2 所有者不明土地管理制度との違い

なお、所有者不明土地問題に対しては、すでに2021(令和3)年の民法改正により、所有者不明土地管理制度(同法264条の2)が創設されている。

これは、従来から定められていた不在者財産管理人制度等とは異なり、特定の土地のみに特化して、裁判所から選任した所有者不明土地管理人が当該土地の管理処分を専属的に行う制度である(民法264条の2)。

この制度は2023(令和5)年4月1日から施行されており、マスコミの取材によると、全国の地裁への申立件数は、土地1,049件、建物164件、土地及び建物186件である⁴⁾(朝日新聞デジタル、2024年12月29日、

<https://www.asahi.com/articles/ASSDN3S3QSDNUTFL00ZM.html>)。

このように、所有者不明土地管理制度の活用は進みつつあり、所有者不明土地解消に役立つと考えられる。

しかしながら、本制度は所有者不明土地に特化した制度であり、別の財産につき所有者不明問題が発生すれば、また同様の制度を法定化する必要がある。例えば、この制度(及び所有者不明建物管理制度(民法264条の8))は区分所有建物には適用されない(区分所有法6条4項)ため、現在改正が検討されている区分所有法改正法案に、「所有者不明専有部分管理制度」を新しく設けることとされている(法制審議会区分所有法制部会「区分所有法制の改正に関する要綱案」、

<https://www.moj.go.jp/content/001410115.pdf>)。

また、放棄されたと見做すことができる動産の処分について同様の制度を創設しようとしても、動産では管理人に支払う費用や報酬を充たさないことも多いと考えられること、また裁判所が関与する制度では申請者の負担が大きすぎることから、活用されない可能性が高く、別のスキームを考える必要がある。

そのためには、このような対処療法的な個別対応ではなく、財産の別を問わず所有者が不明である場合に、当事者の負担を軽減しつつ当該財産をどのように活用又は処分に繋げるかという一般的・共通的な手法について検討するものである。

2 所有者不明土地により生じる問題

所有者不明土地問題は東日本大震災の

復旧・復興事業に関連して大きく取り上げられるようになった。所有者の所在が不明または所有者が不明である土地の所有権取得が進まず、復旧・復興事業の進捗の障害となる事例が数多く生じ、問題となったのである。

また、一般の公共事業等においても、すでに従来から所有者不明土地が原因で様々な支障が生じていた。例えば、

- 1) 道路事業の用地が、明治時代の登記のまま相続登記されておらず相続人多数になり、一部が特定できなかったため、取得に多大な時間・労力を要した
- 2) 台風被害で崩れた急傾斜地の対策工事を緊急に実施する必要があるが、相続人多数で一部が特定できないため、着手が困難になっている

事例が紹介されている(国土交通省資料「所有者不明土地法の改正概要について」<https://www.zentaku.or.jp/cms/wp-content/uploads/2022/11/4-1.pdf>)。

2016(平成28)年度地籍調査において登記簿上の所有者の所在が不明な土地は約20%存在しており、その面積は約410万haと推計されている(2016年時点)が、これは九州全体の面積(約367万ha)を大きく超えている。今後防止策が進まない場合、多死・大量相続時代の到来により、2040年には所有者不明土地の面積は約720万haに増加すると推計されており、これは北海道の面積(約780万ha)に近い。

また、所有者不明土地の経済的損失は、機会損失や管理不全のコストで約1,800億円/年(2016年)、2040年末までの累積

で約6兆円に上るとされている(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～眠れる土地を使える土地に「土地活用革命」～」(2017(平成29)年12月))。

これらの問題は現状のまま放置できるものではなく、早急に十分な対策が必要であったため、前述したように民法を改正し、所有者不明土地管理制度等が創設されたのである。

3 所有者不明土地問題発生の原因と対策

3.1 所有者不明土地発生の原因の多くが相続であること

所有者不明土地が発生する直接的な原因の多くが相続であると考えられているが、その理由としては以下のようなことが考えられる(ただし、現在では一定の対応はなされているため、今後所有者不明土地の発生は抑えられることが期待される)。

3.1.1 相続登記の懈怠

不動産登記を移転するには一定の費用と手間が必要であり、地価の高い都会の相続土地であれば登記を移転する価値もあるが、特に地方で代々引き継がれてきたような土地、住宅については代々登記を移転しないまま何ら問題なく住み続けてきたような場合(すなわち、売る気がない)は、相続登記を行うインセンティブが働かない。また、少子高齢化の進展により、都会に居住している子や孫が地方にある実家の不動産を相続することを厭い、相続登記を行わずそのまま放置することもある。

3.1.2 住所変更登記の懈怠

土地の所有者が住所を変更しても、その旨の登記をしないことが所有者不明土地発生の原因となっていると指摘されている。

2016（平成 28）年度地籍調査における調査では、不動産登記簿では土地所有者等の所在が確認できない土地のうち住所変更の登記がされていないものの割合は、32.4%であった（法制審議会民法・不動産登記法部会第 1 回会議（平成 31 年 3 月 19 日開催）部会資料 1「民法・不動産登記法改正に当たっての検討課題」p.2）。

3.1.3 判例の影響

従来は、相続による土地取得は登記がなくても第三者に対抗できるとされており⁶⁾（最判昭和 38 年 2 月 23 日民集 17 卷 1 号 235 頁）、相続による土地取得は通常取引に基づいて土地を取得した者よりもさらに一層相続人は保護されてきた⁷⁾。相続人は登記がなくても第三者に所有権を主張できるという判例の解釈が、相続登記の懈怠を助長し所有者不明土地発生の遠因となっていたことは否定できない（この問題については後述するように一部立法的に解決した⁸⁾）。

3.2 相続による所有者不明土地の発生パターンの分類

相続に関連する所有者不明土地が発生するパターンについて考えると、大きく分けて、

1) 現在の所有者が土地を相続していることを了知しているにもかかわらず、経済上の理由等により相続登記を行わず放置している場合

2) 相続が何代にもわたり発生したこと等により、現在の所有者が当該土地を相続していることを知らず、そのため相続登記が行われず放置されている場合⁹⁾

3) 相続の知・不知を問わず相続人が多数いてグリッドロック¹⁰⁾（gridlock, 八方ふさがり）に陥り、為す術もなく放置されている場合（混在型）

の三つのパターンを考えることができる。実際には共同相続人の一部の所在が不明であったり、複数の相続を経て相続人が多数に渡っているなど、グリッドロックに陥っていることが多いと考えられる。

また、所有者不明土地対策については、

4) 今後所有者不明土地が発生しないようにするにはどのような対策を講じるべきか、

5) すでに生じた所有者不明土地をどう利活用すべきか（どうやって減らすか）

という二つの問題があるが、この二つは分けて考える必要がある¹¹⁾。

3.3 所有者不明土地を発生させないための対策

自分が相続人であることを知っているのに意図的に相続登記を放置している相続人に対しては、一定の誘導策や規制により登記を申請させることが可能となる。そこで、2019（令和 3）年に民法・不動産登記法を改正し、相続人に相続登記申請義務が課すこととした。

これにより、相続登記申請義務のある者が、相続の開始を知り、かつ当該不動産の所有権（共有持分権を含む）を取得したことを知った日から 3 年以内（不動産登記

法 76 条の 2・1 項、2 項、76 条の 3・4 項)に正当な理由がないにもかかわらず登記申請を怠ったときは 10 万円以下の過料に処せられる(同法 164 条)こととなった。

そのため、この問題については法的には一応は解決したと行うことができるが、実際の効果については疑問がないわけではない。例えば、フランスにおいては相続登記の懈怠に対し公証人に民事罰金(50 フラン)を課していた¹²⁾が、ほとんど適用されることがなく、実効性がないとして 1998 年に廃止されている(小柳春一郎(2018)「相続登記促進策—相続登記義務と資格者・専門家関与強化—」土地総合研究 2018 年夏号, pp.82-83)。

また、法務省民事局長通達(「民法等の一部を改正する法律の施行に伴う不動産登記事務の取扱いについて(相続登記等の申請義務化関係(通達)」令和 5 年 9 月 12 日法務省民二第 927 号)により、以下のような場合は「正当な理由」があると認められている。すなわち、

相続登記等の申請義務の履行期間内において、次の①から⑤までのような事情が認められる場合には、それをもって一般に「正当な理由」があると認められる。もっとも、これらに該当しない場合においても、個別の事案における具体的な事情に応じ、申請をしないことについて理由がありその理由に正当性が認められる場合には正当な理由があると認めて差し支えない。

① 相続登記等の申請義務に係る相続について、相続人が極めて多数に

上り、かつ、戸籍関係書類等の収集や他の相続人の把握等に多くの時間を要する場合

② 相続登記等の申請義務に係る相続について、遺言の有効性や遺産の範囲等が相続人等の間で争われているために相続不動産の帰属主体が明らかにならない場合

③ 相続登記等の申請義務を負う者自身に重病その他これに準ずる事情がある場合

④ 相続登記等の申請義務を負う者が配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律(平成 13 年法律第 31 号)第 1 条第 2 項に規定する被害者その他これに準ずる者であり、その生命・心身に危害が及ぶおそれがある状態にあって避難を余儀なくされている場合

⑤ 相続登記等の申請義務を負う者が経済的に困窮しているために、登記の申請を行うために要する費用を負担する能力がない場合

この通達によると、混在型のように相続人が多く八方ふさがりで対策の取りようがない場合は相続登記申請の猶予が認められる可能性が高い点は留意すべきである¹³⁾。

このように、将来的に所有者不明土地を発生させないための制度は、すでにある程度整備されている。しかし必ずしも十分ではなく、発生を防ぐことができなかつた所有者不明土地を利活用するための方策の検討をおこなうことが望ましい。

3.4 すでに発生している所有者不明土地

についての対策

次に、「すでに発生している所有者不明土地をどのような手法で活用するか」について論じることとしたい¹⁴⁾。

検討に際しては、二つの類型の土地が含まれていることに留意すべきである。すなわち、

- 1) 所有者不明等であるが、公共事業の用に供したり、民間が利用することが可能である等一定の利用が可能な土地、
- 2) 所在が不明である相続人、民間事業者、公共団体等、誰も所有や利活用を望まない経済的価値のない土地(いわゆる「負動産¹⁵⁾」、

である。

ただし、2)の経済的価値がない、すなわち誰も利用しようとしなない「負動産」については公共的な土地活用等の予定もないため、わざわざ手間暇をかけて所有者を探索する必要性が乏しく、土地の利活用の観点からは積極的に対策を考える必要はない。このような土地は、防災、治安、環境等の問題が発生し周辺の住民に迷惑を及ぼすなど外部不経済が発生することが想定され、それぞれの行政目的の観点から別途対策が必要になることがあると考えられる。

1)の利用可能な所有者不明土地の具体的な利活用の方策として、

- a) 所有者不明土地を必要とする者(民間事業者を含む)に利用権を設定して有効活用を図る
- b) 公共・公益的な事業を行う者が必要とする場合所有者不明土地を取得して有効活用を図る

c) 所有者不明土地を特に利用目的のない公的な機関が引き取り管理することを考えることができる。

ただし、c)の所有者不明土地を公的機関が引き取ることはあまり意味がないため、ここでは議論しないこととする¹⁶⁾。

以下では、ここまで述べてきたことを踏まえて、所有者不明土地のうち 1)に属する土地の利活用について検討を加えていきたい。

まず、a)に該当する土地については、上述したように、所有者不明土地管理制度が創設されているほか、利用円滑化法において一定の対策、すなわち地域福利増進事業(同法 2 条 3 項)のために用いられる所有者不明土地の暫定的利用制度(土地使用権の存続期間は 10 年が限度(同法 13 条 3 項、2020(令和 4)年改正により一部事業については 20 年)、ただし延長可(19 条))や土地収用事業の特例措置(同法 27 条~37 条)が創設されたところである。

また、b)に該当する土地については現行の土地収用法で対応することになるが、利用円滑化法が適用されない所有者不明土地を公共事業に用いようとする場合は、所有者の探索を行うことが求められている(土地収用法 40 条 2 項、47 条の 3・2 項)。しかし、このような所有者が放置して顧みない土地や所有者本人が自らの所有物であることを認識せず未利用で放置している土地についても、現に人が居住や事業の用に供している土地を収用する場合よりも複雑な手続で所有権を保護する必要があるのか、疑問の余地なしとしない¹⁷⁾¹⁸⁾¹⁹⁾。

さらに、b)に該当する土地を公的機関等

が能動的に取得するには、現在のところ土地収用法以外の制度は設けられておらず²⁰⁾、その検討もなされていないのが現状である。

前述のように、所有者不明土地を解消し土地を有効利活用するため、基本方針（2018(平成30)年6月1日策定）や法務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会最終報告において、長期間放置された土地の所有権のみなし放棄制度の検討が提言されていた²¹⁾。この制度は利用円滑化法とは異なり、単なる利用権ではなく所有権を取得するものであり、より広範で安定した土地の利活用を可能とするものであるが、憲法上、民法上問題が生じるおそれがある。そこで、ここではその検討の一助とするため、土地所有権のみなし放棄制度の理論的な根拠とそれを踏まえた制度の仕組みについて検討していきたい。

4 possession : 「所有」から「憑依」へ

所有権のみなし放棄制度の検討に当たり、まず「所有権」についての議論を少しだけ見ていきたい。

しかし、現在の法体系、そして資本主義において非常に重要な概念である「所有権」に関する議論について、法学者は意外にも冷淡である²²⁾²³⁾。

曰く、「所有という言葉は社会の基本であるにもかかわらず、所有とは何かなどということは、哲学者等の一部を別とすれば、もはやだれも論じようとはしない。法律学の分野でも、所有権はもっとも基礎的な概

念とされながらも、それが何かについては論じないのが、これまでの研究の一般的な態度であった²⁴⁾（加藤雅信(2001)『「所有権」の誕生』,三省堂,p.18、傍点は引用者）。

所有権の「実用法学的定義は、法律の解釈適用という目的、すなわち解釈される法律の存在そのものよりもむしろ、それを当然の前提としてその実際の適用の範囲をあきらかにし限界づけるという目的、に奉仕するものであり、したがって、そこではつねに他の制度・他の権利との限界が最大の関心事となり、……、権利や制度の本来的な内容はそこでは既に承認された前提でしかない……（川島武宜(1949)『所有権法の理論』,岩波書店,pp.3-4、傍点は原文）」。サヴィニーは「法律に先行する所有権の存在をまず承認し、法律はただこれを調整するにすぎないのだということを、きわめて正当にも認めているのである（同,p.4）」。

「ローマ法研究者にとって、実際のローマ法では所有権に関する積極的な定義が存在しなかったことは既に周知の事実となっている²⁵⁾（谷口貴都(2001)「ローマ法における土地所有権に対する制限—社会の個人主義化と所有権の変化—」,内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地私法』,有斐閣,p.2）」。

「この所有権という概念について、実用法学の分野では分かりきったものとして、その理論体系を構築しており、「所有権とは何か」などと、いちいち議論するまでもなく、「法律家にとっては常識である」とする見解さえ主張されている²⁶⁾（鷹巢信孝(2003)『所有権と占有権—物権法の基礎理論—』,成文堂,p.1、傍点は引用者）」と言う。

4.1 哲学者による「所有権論」

4.1.1 所有＝憑依

では、所有について論じている哲学者はどうか。

あらゆる事象の本質を探究する哲学者もまた所有について様々なことを語っているが、中には法律的観点からみて興味深いことも語っている。例えば、以下のようなことが指摘されている。

あるものの存在が特定のだれかに帰属するということと、おなじそれを意のままにできる、もしくはしてよいということとは、同次元のことがらではない。一方が帰属の権利にかかわるとすれば、他方は実際の使用や処分にかかわる。あるものをだれがどう使用するのか、どう処分するのか、はたまただれにどのように譲渡したり贈与したりするのかという問題は、そもそもそれがだれに帰属するのかという問題とは別である（鷲田清一(2024)『所有権論』,講談社,p.47)。

このように法律の世界では当然のこととされる所有権とそれを処分する権限は別であるという主張がなされている。しかし、少なくとも現行法制度を前提とする限り、所有権とその処分権は一体であるという考えは法解釈的には誤りではないと考えられる²⁷⁾。

しかし、哲学者の所有に関する分析の中にはさらに興味深い指摘がある。

ひとは自由への夢を所有による

自由へと転位させることで、逆にじぶんをひどく不自由にしてしまう。

《所有》を表わす別の語、**possession**は、所持や占有を意味するが、一方で、「憑依」、つまり何ものかに「取り憑かれる」(**possessed**)ことを同時に意味（同,p.50）

している。

多すぎる所有は人に憑依し、人を拘束し、主客転倒し、結果的に人の自由を奪う。「守銭奴はその典型であり」、「貨幣を手段としてあまたのものを意のままにする者は」、「その蓄えの目減りに過剰に反応する」ことにより、「逆に貨幣によって金縛りになる（同）」。都会に住む人が都会に居住する住宅があるにもかかわらず地方の利用困難な不動産（多くは両親の住宅、農地、山林）を相続して困惑するのはまさに所有に憑依された人の悲劇であろう²⁸⁾。

ところが、従来の我が国の法制度では財産（特に土地）の過剰利用に関する規制（容積率規制、日影規制等）については論じられてきたが、過少利用については十分に論じられてこなかった（最近はアンチ・コモンズとして議論されている。注10)参照）。そのため、所有するモノの利用を過少にしか行わない者に対する規制の視点は欠けていたと言わざるを得ない²⁹⁾。

4.1.2 ロックによる制限

ジョン・ロックは、所有権について無制限に認められるものではなく、厳格な制限が二つ付せられるとしている。それは、

- 1) 他人に十分なものが残されていること、
 - 2) 労働によってみずからの所有物となったものを朽ちさせないこと—破壊 (destroy) したり浪費 (waste) したり腐敗 (spoil) させたりしないこと—
- である。

そして、2)「は、共有のものとして神から与えられたものから生存の最大限の便宜を引き出す努力をすべきだということである (同,p.72)」。

ただし、1)の制限については「現代ではほぼ意味をなさない (同,p.75)」。「ロックの所有権論の最初の前提である『共有のもの』、つまり未だだれの所有物でもないものが、この現代を生きるわたしたちにはまるで存在しないからである (同)」。

そうすると、現代における所有権の厳格な制限として必要となるのは、2)の「所有するものを無駄にしない」という一点に限られることになる。

そして、ロックの考えによれば、その所有から最大限の便益を引き出そうとしない者はその義務を十分に果たしていない (財産の過少利用問題) ことになる³⁰⁾。すなわち、このような者はそのモノを所有するに値しないのであり、そのモノの所有権を最大限の便益を引き出そうとする者に引き渡さねばならないのである。

4.2 放置された財産に関する過去の立法例

このように所有している財産—ここでは不動産に関して述べるが—を放置している者がその所有権を失い、より有効に活

用できる者に所有権を移転させることを定めた法制度は、資本主義国家成立以前においてしばしば見られるところである³¹⁾。

4.2.1 ローマ法

イェーリングによると、西洋ではすでにローマ法の時代において、「所有権が自己の利益のみならず、社会の利益に相当するように行使されていた (谷口(2001),p.3)」。

そのような土地所有権を適切に行使せず放置しているような場合には土地所有権を放棄している (またはそのように見做される) 可能性があるが、その「放棄意思の実現は、……不動産については確認することは困難であり、耕地を荒廢に委ねておきまたは他人が占有していることを永年におよんで放任しておく³²⁾」というような事実によって認めねばならない (船田享二(1943 初版, 1969 改版)『ローマ法 第二巻』, 岩波書店,p.512)」とされ、さらに「専主政時代には、他人の荒蕪地を開拓した場合に開拓者はこれを取得する³³⁾とされた。係る場合の所有権の消滅および取得は係る場合を土地の所有権の放棄として考えよう³⁴⁾とする態度の現われといえる (同)」と考えられていた。

4.2.2 墾田永年私財法

我が国でも、743 (天平 15) 年制定の墾田永年私財法において、「墾田は国家的土地所有の枠組みのなかで合法化されたわけであるが、墾田永年私財法中の三年不耕の原則は、一方で未墾地とともに荒廢地の収公による再開発³⁵⁾を可能にし (渡辺尚志他編(2002)『新 体系日本史 3 土地所有史』, 山川出版社,p.42)」

たとされている。

4.2.3 御成敗式目

また、1232（貞永元）年に制定された武家法である御成敗式目においても第8条で「御下文を所持しているとしても、知行せずには年月を経た所領について」

（「雖帶御下文不令知行、経年序所領事」という事書（見出し）のもと、二十箇年年紀法が定められていた³⁶⁾。これにより、御下文があっても知行をしないで20年経てばその権利は消滅するとされていた³⁷⁾。

4.2.4 フランス革命以降の変化

このように、法制史的には土地所有権（もちろん、現在の土地所有権とは一致するわけではないが）を放置し何ら利用しないような者から所有権を剥奪することは特に珍しいことではなかったのである。

これが大きく変わったのはフランス革命以降である。それまで所有権が重疊的に存在し、封建的制約により実際の利用者が自由に用いることができなかったことを改めるために土地所有の一元化を図り、土地所有権は単一の絶対的な権利であることが宣言された³⁸⁾³⁹⁾。封建的な身分社会から解放されたブルジョワ階級が「自由な経済活動を行う権利」として財産権は保障され、「国家からの自由」が強調された。1793年憲法の冒頭の権利宣言には「所有権は、自己の財産や所得、ならびに自己の労働と勤勉の成果を、思うがままに享受し、処分する権利である（第16条）」と記されている。これは我が国民法の祖法の一つであるナポレオン法典（フランス民法

典）544条にも引き継がれ、「所有権とは、法律ならびに規則によって禁じられた使用でないかぎりでもっとも絶対的な仕方で物を享受し、処分する権利である」とされた。これにより所有者は所有する財産をいかようにでもすることができるようになった。その結果、土地所有者は所有する土地を放置したままであってもその所有権を失うということとはなくなったのである⁴⁰⁾。

しかし、哲学者は、

（『自分のモノだからどうしようと勝手だ』という）問題の背景には、《所有〔権〕》という法的権利が過剰なまでに社会を覆うようになってきたという歴史的な事情がある。それぞれの係争において《所有〔権〕》の過剰な適用がいわば問題解決の桎梏となっているのは、おそらく《所有〔権〕》の概念が、近代の所有論がまるで自明のように等置してきたように、それが〈可処分権〉という概念とじかに連結しているからであろう。〈可処分権〉とは、「意のままにしてよい」ということである。おのれの意志で自由に処分できること。これが《所有〔権〕》と連結されたことから、「これはわたしのものだから、それをどうしようとなつたわたしの勝手だ」という、あの聞きなれた理屈が生まれたのである。……ジョン・ロック以降の西欧近代化の所有論は、一貫してこの〈可処分〉ということをも《所有〔権〕》の概念に内蔵させてきた（驚

田(2024), pp.45-46)

と、あるものの帰属とその処分権とは別である(4.1.1参照)と批判するのである。

4.3 我が国の現行法制度による所有権制限について

確かに現行の法制度においても、所有権があることイコールそのモノを自由にできるわけではない。その可処分性はあくまで法律の定められた範囲内に限られている。

現行の我が国の法制度においては、所有権は不可侵性があり(憲法29条1項)、所有者がそのモノを壊すのはもちろん、放置することも当然の権利として認められている。しかし一方で、ワイマール憲法153条3項において「所有権は義務を伴う。その行使は同時に公共の福祉に役立つを要する」とされて以降主流となったように、現行憲法上所有権は絶対ではなく、法律によってその範囲が定められており(同法29条2項)、一定の場合には所有権は制限されることが予定されている⁴¹⁾。現に都市計画法、国土利用計画法⁴²⁾、建築基準法、農地法、土地収用法等所有権を制限する法律は多数存在しており、その数は今後増加することはあっても減少することはない⁴³⁾と考えられる。

「例えば、フランスの1789年の人権宣言において、財産権を「不可侵で神聖な権利」(……)としてその保障に最大の熱意を示しているのは、いうまでもなく、当時私有財産制度がじゅうぶん確立されておらず、財産権に対する国家権力による侵害が多かったからであり、それから一世紀半を経たワイマール憲法(1919年)が「財産権

は義務づける」(……)と定めて、財産権が公共の福祉の制約の下に立つべきことを宣言したのは、いうまでもなく、その当時私有財産制がすでに十二分に確立されており、社会国家の実現のために私有財産制に各種の社会的制約を加えることが要請されたからである(宮沢俊義(1974)『憲法Ⅱ—基本的人権—[新版]』、有斐閣、p.99、傍点は引用者)。この要請から、「所有権があるから放置しておいてもいい」という行動に一定の制約が課せられるのは当然のことであると言えよう⁴⁴⁾。

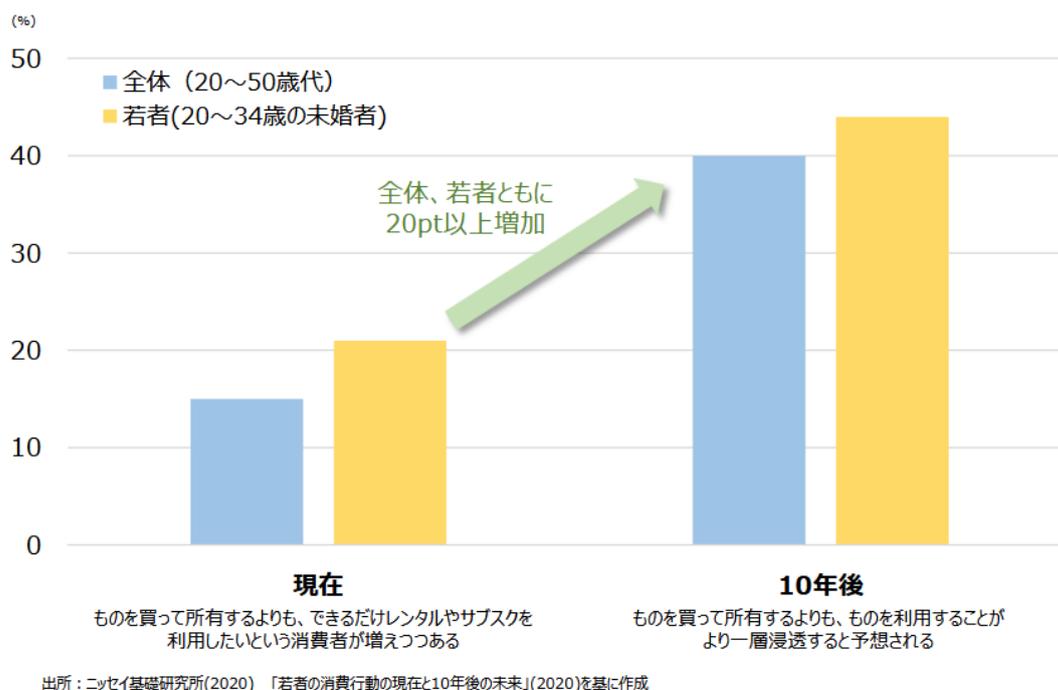
特に、我が国の民法においては、第二編物権、第三章 所有権、第一節に「所有権の限界」として「第一款 所有権の内容及び範囲(206~207条、208条は削除)」が定められているが、「所有権の限界」という表題が付けられていることに留意すべきである(吉田克己(2023)『物権法Ⅰ』、信山社、pp.136-139参照、「このような表題は一般的ではな(同,p.136)」く、ドイツ民法は「所有権の内容(Inhalt des Eigentums)」という表題である(於保不二雄・高木多喜男補遺(1955)『獨逸民法〔Ⅲ〕物権法』、有斐閣、p.72))。

所有する土地の放置の先にある放棄に関しては、「相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律(令和3年法律第25号)(以下、「相続土地国庫帰属法」という。)が制定され、一定の対策は講じられている。

フランス革命時とは異なり、現在では所有権が十分に保護されている。むしろ、モノが溢れ所有権に固執する必要性が小さい社会になり、モノの所有に固執しない人が増加し、今後もその傾向は続くと考えら

れる（図－1 参照）。このような現状⁴⁵⁾のもと、土地に限らず所有者が関心を失い無為に放置している財産を一定の要件の元で公共の利益のために用いる公の機関ま

たは団体等⁴⁶⁾に所有権を移転し、有効に活用または活用が困難な財産は処分することが妥当である。



図－1 現在と10年後の消費行動について「所有より利用志向」を「あてはまる」と回答した割合の比較（出典：消費者庁新未来創造戦略本部新未来ビジョン・フォーラム事務局(2024)『消費生活の未来に関する調査報告書』、https://www.cao.go.jp/consumer/iinkai/2024/433/doc/20240513_shiryoku2-2.pdf）

5 近年の所有者不明土地等をめぐる対策

5.1 所有者不明土地等対策の推進に関する基本方針等

2018（平成30）年以降、所有者不明土地等に係る諸課題について、関係行政機関の緊密な連携の下、政府一体となって総合的な対策を推進するため、「所有者不明土地等対策の推進のための関係閣僚会議」が開催（第一回は平成30年1月19日）されており、毎年「所有者不明土地等対策の

推進に関する基本方針（以下「基本方針」という。）」が策定されている。2018（平成30）年6月1日に策定された基本方針では、「長期間放置された土地の所有権のみなし放棄の制度……など、登記制度・土地所有権等の在り方について検討し、来年2月を目途にこれらの仕組みの構築に向けた具体的方向性や検討課題を幅広く提示する（傍点は引用者）」と、ここでは土地所有権のみなし放棄制度の検討が示されていた。

2019（平成31）年2月28日には、法

務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会が「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～」(以下「最終報告」という。)を取りまとめた。この中で、土地所有権のみなし放棄制度については「差し当たり、共有持分の移転や共有の解消方法、財産管理制度における供託を活用した財産の処分に関する見直しの中で、引き続き検討すべきである」とされたが、結局その後検討は行われなかった。

基本方針についてもその後毎年改定されているが、後述する所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法制定後の2019(平成31)年以降の基本方針には、みなし放棄制度に関する記載は見られなくなっており、吉田教授は、「事実上の断念のようにも思われる(吉田克己編(2021)『物権法の現代的課題と改正提案』, 成文堂, p.33)」と指摘しておられる。

5.2 土地基本法の改正

従前の土地基本法には、国、地方公共団体及び事業者等の責務は定められていたが、土地所有者等の責務については明確には定められていなかった。

一方で、農地の利用に関してはすでに2009(平成21)年の農地法改正により「農地について所有権又は賃借権その他の使用及び収益をする権利を有する者は、当該農地の農業上の適正かつ効率的な利用を確保するようにしなければならない(農地法2条の2)」と定められている。なお、この改正の際衆参両院で付帯決議がなされており、「所有権を有する者の責務」として、より詳細に「農地について所有権を有する者は、当該農地の農業上の適正かつ

効率的な利用を確保することについて第一義的責任を有することを深く認識し、自ら当該農地を耕作の事業に供するとともに、自らその責務を果たすことができない場合においては、所有権以外の権原に基づき当該農地が耕作の事業に供されることを確保することにより、当該の農地の農業上の適切かつ効率的な利用を確保するようにしなければならないものとする。」と指摘されている(長友昭(2018)「土地所有権の放棄に見る『権利濫用』と『責務』—所有者不明土地問題をめぐる裁判例、理論と立法政策」日本不動産学会学術講演会論文集34号 論文番号2018-4, p.5)が、このような責務は農地に限らずあらゆる土地の所有者に課されるべきであると思われる⁴⁷⁾。

そこで、2021(令和3)年の土地基本法改正により、「土地所有者等の責務を前提として、所有者不明土地の発生抑制等のための仕組みを整備する観点から今後展開される民事基本法制の見直しをはじめとする施策の理論的根拠を明確にし、それを後押しする目的から、土地の適正な管理等について土地所有者等が責務を負うことを、土地基本法において明確に位置付けることとした(国土交通省土地・建設産業局企画課「土地基本法の改正について」土地総合研究2020年, p.46)」。

この改正に先立ち、国土交通省の国土審議会土地政策分科会特別部会が、土地所有に関する基本制度の見直しについて検討を行い、とりまとめをおこなっている(「国土審議会土地政策分科会特別部会とりまとめ」2019(平成31)年2月27日)。その中で、所有者の責務として、「土地の特性

に鑑み、土地については公共の福祉を優先させるものとされており(土地基本法第2条)、その観点から、本来的に土地所有権には利用・管理に係る責務が伴い、土地所有者には土地の適切な利用・管理の確保に一定の役割を果たすことが求められている(傍線は原文)」と指摘されている。そのうえで、「土地の適切な利用・管理の確保及び所有者不明土地の発生抑制・解消のためには、まずは所有者自身による土地の適切な利用・管理を促すことが必要である(同)」とし、所有者に対し、以下のような役割を求めた。

- ・ 第一次的には所有者自らが、土地利用に関する計画に従って、条件に応じて適正に利用する(土地基本法第3条)とともに、周辺に悪影響を与えないように条件に応じて適切な管理(管理委託を含む)を行う(積極的な利用をせず、管理のみを行う場合を含む)。
- ・ 保有意向が無い場合には、利用希望者に譲渡・賃貸等をして、適切な利用・管理の確保を図る。それまでの間も、周辺に悪影響を与えないように適切に管理を行う。
- ・ 土地を円滑に利用・取引可能な状況に置くため、登記手続を適時に行うほか、境界の明確化に努め、これに協力する。(法的管理)
- ・ 利用の見込みがなく、土地の売却等によっても管理費用を賄える見込みが無い場合など管理の負担が重い土地については、管理の在り方(水準・内容)を近隣住民、地

方公共団体等(まちづくり団体等を含む。以下同じ。)に相談する。

(投げ出すのではなく他の選択肢を探す。)

このように、2021(令和3)年に改正された土地基本法により、土地所有者に「土地の適正な管理」について責務を負わせることとなったことは、所有者不明土地対策上大きな意味があると考えられる⁴⁸⁾。

5.3 所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法の制定

2018(平成30)年に制定された「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法(平成30年法律第49号、以下「利用円滑化法」という。)」においては、所有者不明土地(同法2条1項)を地域福利増進事業(同法2条3項)活用できる制度が定められている。

しかし、以下のような問題がある。

- 1) 利用円滑化法において、公共事業に関する土地収用法の特例が定められており、所有者不明土地の収用の裁定を都道府県知事が行うことにより迅速に事業主体が土地の所有権を取得することができる。しかし、対象となる事業は限定列举されており、その適用範囲は限られている。
- 2) 地域住民等のための事業について都道府県知事が公益性等を確認した上で都道府県知事が所有者不明土地の使用権設定を裁定する地域福利増進事業が定められているが、これも用途が限られていることに加え、使用権の存続期間は10年(一部事業については20年)が上限であるため、延長が

可能とはいえ、恒久的な土地利用には適さない。

- 3) 利用円滑化法は平成 4 年に改正され、土地収用法の特例により審理手続を省略し裁決を一本化することにより迅速に対応することができるようになったが、これはあくまで事業を実施する者が特定所有者不明土地(同法 2 条 2 項)を地域福利増進事業に用いる場合に限定されている。
- 4) 都市計画事業(都市計画法 4 条 15 号)については、その事業地内にある特定所有者不明土地を収用……しようとするときは、当該特定所有者不明土地の所在地を管轄する都道府県知事に対し、特定所有者不明土地の収用……についての裁定を申請することができる(利用円滑化法 37 条 1 項)とされており、上記の土地収用法の特例はこの場合にも適用されることになる(同条 2 項)。特定所有者不明土地については、相続人が多数で一部特定できなかった(2,1)参照)場合に道路用地等公共事業用地を取得するための対策はすでに採られているといえることができる。ただし、簡易建築物等(同法 2 条 2 項)に該当しない建物が存する所有者不明土地は特定所有者不明土地には該当しないのでこれらの規定の適用はない。
- 5) 災害対策を緊急に実施する必要がある場合(2,2)参照)についても、急傾斜地の崩壊による災害の防止に関する法律(昭和 44 年法律第 57 号) 3 条 1 項の規定により指定される急傾斜地崩壊危険区域内にある擁壁、排水

施設その他の急傾斜地の崩壊を防止するための施設(「急傾斜地崩壊防止施設」)のための事業であるときは土地収用法の適用がある(同法 3 条 3 号)。しかしこの場合は、利用円滑化法 2 条 3 項 11 号の「前各号に掲げる事業のほか、土地収用法第三条各号に掲げるもののうち地域住民その他の者の共同の福祉又は利便の増進に資するものとして政令で定めるものの整備に関する事業」には該当しない(同施行令 6 条)ため、裁定の特例は適用されず、通常土地収用手続によることになる。

- 6) 利用円滑化法により所有者不明土地の管理に関する民法の特例(同法 42 条)が設けられており⁴⁹⁾、同条 2 項において本来の請求権者である利害関係人以外の国の行政機関の長又は地方公共団体の長が所有者不明土地につき、「対象の土地への利害関係の有無にかかわらず(国土交通省不動産・建設経済局「所有者不明土地の管理の適正化のための措置に関するガイドライン(令和 6 年 1 月)」p.7)」、その適切な管理のため特に必要があると認めるときは、地方裁判所に対し、所有者不明土地管理命令(民法 264 条の 2・1 項)の請求をすることができる(利用円滑化法 42 条 2 項)とされている。これは一見すると裁判所が選任した所有者不明土地管理人は裁判所の許可を得さえすれば当該所有者不明土地を売却することができる(民法 264 条の 3・2 項)と考えることも可能である⁵⁰⁾。しかし、

- a) 利用円滑化法の正式な名称は「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」である。「利用の円滑化等」であり、「利用等の円滑化」ではないこと⁵¹⁾、
- b) 国の行政機関の長等が所有者不明土地等につき、その適切な管理のため特に必要があると認めるときに選定された所有者不明土地管理人等が(裁判所の許可が必要とはいえず)当該土地の売却ができることと解することは、利用円滑化法における所有者不明土地の利用に対する慎重な取扱いと整合性がとれないこと、
- c) 所有者不明土地管理人等を選定することで自由に所有者不明土地等の処分(売却、長期の賃貸借等)ができるのであれば、極端に言えば地域福利増進事業等の規定は必要がないことになること、

以上のことから、同法 42 条の所有者不明土地の管理に関する民法の特例規定の適用に当たり「その適切な管理のため特に必要があると認めるとき(利用円滑化法 42 条 1 項、2 項及び 5 項)」という要件を厳格に解するか、所有者不明土地管理人を選任した場合でも当該所有者不明土地の売却に当たっての裁判所の許可(民法 264 条の 3・2 項)は慎重に行うべきであると考えられる。

5.4 民法・不動産登記法の改正及び相続土地国庫帰属法の制定

2019(平成 31)年 2 月 14 日に開催された法制審議会総会第 183 回において「諮問第 107 号」が提示された。その中で、「土地の所有者が死亡しても相続登記が

されないこと等を原因として、不動産登記簿により所有者が直ちに判明せず、又は判明しても連絡がつかない所有者不明土地が生じ、その土地の利用等が阻害されるなどの問題が生じている近年の社会経済情勢に鑑み、相続等による所有者不明土地の発生を予防するための仕組みや、所有者不明土地を円滑かつ適正に利用するための仕組みを早急に整備する観点から、民法、不動産登記法等を改正する必要があると思われる……」と指摘された。

この諮問に対し、法制審において所有者不明土地の発生を予防する仕組み及び円滑かつ適正に利用する仕組みの検討が行われ、2021(令和 3)年に民法及び不動産登記法が改正された(「民法等の一部を改正する法律(令和 3 年法律第 24 号)」。その内容は、以下のようなものである。

5.4.1 所有者不明土地を円滑かつ適正に利用するための仕組み

1) 所有者不明土地管理制度等の創設

前述したように、土地の所有者が調査を尽くしても不明である場合、当該土地の処分が困難になる。しかし、従来の財産管理制度では、対象者の財産全般を管理する「人単位」の仕組みとなっていたため、特定の土地のみに特化して管理を行う所有者不明土地管理制度等を創設した(民法 264 条の 2~264 条の 8)。前述したように、これにより裁判所に選定された所有者不明土地管理人(同法 264 条の 2・1 項)は裁判所の許可を得て当該所有者不明土地を売却することができる(同法 264 条の 3・2 項)。

2) 長期間経過後の遺産分割の見直し

相続開始時から 10 年が経過すれば、遺産分割の基準は原則として法定相続分又は指定相続分とし（民法 904 条の 3）、所在等不明相続人との共有関係を解消することができることとした。また、所在等不明相続人の不動産の持分を、共有者が裁判所の決定を得て、その価額に相当する額の金銭を供託した上で取得できることとした（民法 262 条の 2・3 項）。

5.4.2 登記を促すための不動産登記制度の見直し

1) 相続登記・住所変更登記の申請義務化

従来は任意だった相続登記及び住所変更登記の申請を義務化し（不動産登記法 76 条の 2・1 項、76 条の 5）、正当な理由がないのにその申請を怠ったときはそれぞれ 10 万円以下、5 万円以下の過料に処することとした（同法 164 条 1 項、2 項）。

2) 相続登記・住所変更登記の手續の簡素化・合理化

5.4.3 土地所有権を放棄するための制度の創設

相続土地国庫帰属法が制定され、相続又は遺贈によって土地の所有権を取得した相続人が、一定の要件を満たした場合に、土地を手放して国庫に帰属させることを可能とする相続登記国庫帰属制度が創設された。

6 所有権みなし放棄に類似する既存の制度

近年不動産の所有権を放棄したいと考

える人が増加しており、「所有している土地が不要になった場合に土地所有権の放棄を認めてよいと考える者は 76.6 パーセントに上っている（法制審議会民法・不動産登記法部会第 2 回研究会資料 2「土地所有権の放棄」, p.1、

<https://www.moj.go.jp/content/001298438.pdf>)」。

また、不動産に限らず動産である自転車、電気製品等がしばしば空き地や道端に放置されている。盗難等の結果放置されるなど、それらの所有権が放棄されているのか否か明らかでないものもあるが、所有者が所有権を放棄したものも少なくない。さらに、すでに指摘したように太陽光発電設備が近い将来大量に放棄される懸念が生じている。

不動産の放置・放棄は、周辺の景観・環境の悪化、災害時の危険性の増大、治安の悪化等の問題、また動産の放置・放棄も、周辺環境、衛生の悪化、交通への障害等の問題を発生させる恐れがあり、いずれも良好な生活環境・街づくりの障害となる。

よって、明確には所有権放棄の意思が示されていない不動産、動産を適切に処分できるように、

1) それらの所有権が放棄されたと見做すことができる一般的な要件

2) それらの所有権を必要な者へ移転または最終的に処分する手續を検討しておくことが必要である。

実際のところ、我が国の現行法制度においても、占有を失った真の所有者から所有権を剥奪する所有権みなし放棄制度に類似する制度が複数存在している。よって、これらの制度を比較検討することにより、

みなし放棄制度において必要とされる要件や手続を探ることが可能である。

6.1 農地法

土地所有権みなし放棄制度に関する既存の制度としては、農地法制の一連の制度を嚆矢とする。

6.1.1 戦前の対策

農林水産省は戦前から小作対策に力を入れており、特に第一次世界大戦後の農村不況の中で小作農だけでなく自作農も経済的にひっ迫したため、自作農創設・維持のための助成政策を展開した(自作農創設維持補助規則)。

この流れをさらに推し進めたのが農地調整法(昭和13年法律第67号)である。農地調整法は、「土地の所有から利用」への一環として、農地の賃貸借は登記がなくても引渡だけで第三者に対抗することができることと定めた(同法8条)ことで知られているが、本稿では自作農創設のために未墾地を収用できる法的根拠を与えた(同法4条2項 前項ノ団体ガ未墾地ヲ開発シテ同項ノ事業ヲ行ハントスル場合ニ於テ同項ノ規定ニ依ル協議調ハザルトキハ開発セントスル未墾地其ノ他其ノ開発ニ必要ナル土地又ハ其ノ使用収益ノ権利ヲ収用又ハ使用スルコトヲ得)、すなわち土地所有権のみなし放棄制度を定めた最初の法律であることに注目したい。ただし、農地調整法には手続自体は定められておらず、当時の土地収用法(明治33年法律第29号)の手続が適用されていた(同法4条3項 前項ノ規定ニ依ル収用又ハ使用ニ関シテハ土地収用法ヲ適用ス)。その結果、「手続きが複雑であるため実

際には適用されなかった(『農林水産省百年史』編集委員会(1980)『農林水産省百年史 中巻』、『農林水産省百年史』刊行会, p.272)と指摘されているが、未墾地の買収に法的根拠が与えられたことの意義は大きいとすることができる。

6.1.2 戦後の改革

戦後、農地改革立法の一環として自作農創設特別措置法(昭和21年法律第43号、以下「自創法」という。)が制定され、初めて所有者不明農地の買収手続が法定化された。

同法9条1項において、「第三条の規定による買収は、地方長官が前条の規定による承認があつた農地買収計画により当該農地の所有者に対し買収令書を交付して、これをしなければならない。但し、当該農地の所有者が知れないとき、その他令書の交付をすることができないときは、命令の定めるところにより、第二項各号に掲げる事項を公告し、令書の交付に代へることができる(傍点は引用者)」とされたのがそれである⁵²⁾。しかし、所有者不明農地への対価の支払方法、すなわち後述する農地法のような「対価の支払いを受けるべき者を確知することができない場合」に供託することができるという規定は定められてはいなかった。

なお、自創法12条においては「買収」という用語を用いているが、これは「土地収用法上の収用と本法の買収とは法律上同一の性質であるが、『収用』というのは、あまりに強くひびき過ぎるといふ考慮から『買収』という字句がとられた(農林省「自作農創設特別措置法につ

いて（昭和 21 年 10 月 21 日）」，日本農政史編集委員会編(1967)『戦後日本農政史 資料総覧』，戦後日本農政史刊行会, p.33) ものである。すなわち、農地法における小作地や未墾地等の買収の本質は土地収用なのである。農地法の小作地等の買取規定は土地収用の特例であり、このことはみなし放棄制度を検討する際に留意しておくべきである⁵³⁾。

農地法(昭和 27 年法律第 229 号)は、1950(昭和 25)年 9 月に制定された「自作農創設特別措置法及び農地調整法の適用を受けるべき土地の譲渡に関する政令」(いわゆる「ポツダム政令」)が講和条約の発動(1952(昭和 27)年 4 月 28 日)に伴って同年 10 月 24 日限りで失効するため、これに代わる立法措置として、自創法、農地調整法及びポツダム政令を整理統合して、その趣旨をほぼそのまま受け継いで一本の法律として定められたものである(和田正明(1988)『農地法詳解』，学陽書房, pp.1-2)。

農地法においては、以下にみるように、昭和 27 年の制定当初から小作地、未墾地等の国による買収手続が規定されており、簡単ではあるがその所有者が不明の場合の手続についても定められていた。そして、この制度は対象を代え、所有者の探索手続を詳細にしつつ、現在に至っている。

- ・小作地又は小作採草放牧地の所有制限に基づく買収(1952(昭和 27)年～2009(平成 21)年)
- ・未墾地等の買収(1952(昭和 27)年～2009(平成 21)年)
- ・農地所有適格法人⁵⁴⁾が要件を満たさ

なくなった場合の農地等の買収(1962(昭和 37)年～現在)

これらの制度はそれぞれ以下のようなものであるが、いずれも土地所有者が不明の場合に

- ・買収令書の通知に代わる公示
 - ・対価の供託
- 等によりその買収を認めている点は共通している。

6.1.3 小作地又は小作採草放牧地の所有制限に基づく買収

小作地等については、1952(昭和 27)年制定の農地法 6 条において、住所のある市町村の区域外の小作地等(同条 1 項 1 号)や区域内の小作地であって一定面積を超えるもの(同項 2 号)等の所有が禁止され、これらの土地については国が買収するとされていた(同法 9 条 1 項、2 項)。

その手続は、

- 1) まず市町村農業委員会が買収すべき小作地等を定め、その土地の所有者の氏名、住所や土地の所在等について書類を作成し都道府県知事に進達する(同法 10 条)、
- 2) 都道府県知事は、遅滞なく買収の期日、対価等を記載した買収令書を作成し、土地の所有者に交付する(同法 11 条 1 項)が、買収の期日までに対価を支払わなければ買収令書の効力は失われる(同法 13 条 3 項)、
というものであった。そして、
- 3) 「買収令書の交付をすることができない場合には、その内容を公示して交付に代えることができる(同条

2項)」、
とされ、
4) 支払について、「対価の支払いを受けるべき者を確知することができない場合(同法12条3項2号)」等は対価を供託することができる⁵⁴⁾とされていた(上述したように、この規定は自創法には存在せず、旧農地法において新設された)。

6.1.4 未墾地等の買収

未墾地等の買収(同法44条1項)は、耕作者の地位の安定と農業生産力の増進を図る(同法1条)ために、開発して農地とすることが適当な土地等について、国が干渉してこれを積極的に開発利用すべき場合があり、そのためにこれらの土地等を国が買収し、自作農として農業に精進する見込みにある者などに売り渡す(同法61条)ための制度であった(若林正俊(1981)『最新版農地法の解説(解説篇・法令通達篇)』,全国農業会議所, p223)。

具体的な土地取得の流れは、

- 1) まず知事が調査を行い(同法46条)、未墾地買収計画書を作成しその概要を公示する(同法48条1項)。この調査に当たっては、登記簿等の調査が義務づけられている⁵⁵⁾(同法施行規則26条)。
- 2) 公示をした日の翌日から起算して30日を経過したときは買収令書を作成し、これを土地等の所有者に交付する(同法50条1項)、
- 3) 買収令書を交付し、記載された期日までに国が対価を支払えば買収の効力が発生し、国は買収対象地の

所有権を取得する(同法52条1項)、
というものであった。そして、

- 4) 土地等の所有者の住所が不明である(若林(1981), p.228)などの理由により買収令書の交付ができないときは、その交付に代えてその内容を都道府県公報に公示すればよいとされていた(同法50条3項)。
- 5) 支払についても、「対価の支払いを受けるべき者が確知することができない場合(同法51条3項2号)」は、国はその対価を供託することができる⁵⁶⁾とされていた。住所不明等で受領することができない場合(同, p.230)、対価を誰に支払つてよいかはつきりしないとき(例えば、買収令書公布後、所有者が死亡して、共同相続人のうちこの対価に対する権利を誰が承継したか判明しないとき(和田(1988), p156))がこれに該当すると考えられていた。

このように、制定当初の農地法においては、所有者が不明であるという判断基準は解釈に委ねられていたのである。

6.1.5 農地所有適格法人が要件を満たさなくなった場合の農地等の買収(1962(昭和37)年～現在)

現行の農地法においても所有者不明農地等を取得する手続が存在している。これは、農地所有適格法人が農地所有適格法人でなくなった場合、その農地若しくは採草放牧地を国が買収する(現行農地法7条1項⁵⁶⁾)とされているもので、この場合、

- 1) 農業委員会は公告を行い、所有者

に遅滞なく公示事項を通知しなければならない（同条 3 項）、

- 2) しかし、「相当な努力が払われたと認められるものとして政令で定める方法により探索を行ってもなおその者を確知することができないときは、この限りではない（同項但書）」

とされている⁵⁷⁾。

- 3) 農水大臣は遅滞なく、買収の期日や対価等を定めた買収令書を作成し、所有者に交付しなければならない（同法 9 条 1 項）、
- 4) 「交付することができない場合には、その内容を公示して交付に代えることができる（同条 2 項）」、
- 5) さらに、「相当な努力が払われたと認められるものとして政令で定める方法により探索を行ってもなお対価の支払を受けるべき者を確知することができない場合（同法 10 条 3 項 3 号）」には対価を供託することができる。

なお、この政令で定める方法は、利用円滑化法施行令（平成 30 年政令第 308 号）1 条に定める土地の所有者の探索の方法とほぼ同様であり、

- a) 当該農地等の登記事項証明書の交付の請求（農地法施行令 20 条で準用する 18 条 1 号）、
- b) 不確知所有者関連情報を保有すると思料される者に当該情報の提供を求めること（同 18 条 2 号）、
- c) 登記名義人等が記録されている住民基本台帳等を備える市町村長等に情報の提供を求めること（同

条 3 号）、

と定められている。そして、

- 6) 国が買収令書に記載された買収の期日までに対価を供託したときは、その期日にその農地等の所有権は国が取得する（同法 11 条 1 項）。

以上のような現行農地法に定める手続により、国は所有者不明農地等を取得することができる。これらの制度は、農地等について買収令書の交付により強制的に契約を成立させる（6.1.2 で述べたように、この買収は収用と認識されていた）が、所有者が不明である場合には、公告を行うことにより所有者の保護を図りつつ、一方で一定期間経過後は所有権を放棄したものと見做し、他方で当該農地等の補償金については供託することによりその交換価値については保護しようというものである。

このスキームをそのまま一般の所有者不明土地にも適用することが考えられるが、農地法においては一貫して買収主体は国である点（最終的には耕作者に売り払われるとしても）に留意すべきである。現在問題となっている所有者不明土地については、国のような公的主体に限らず、収用適格事業（土地収用法 3 条）や利用円滑化法の地域福利増進事業を施行する民間事業者も買収主体とする必要があり、買収令書を交付し強制的に契約を成立させる農地法のスキームをそのまま流用することは適切ではないと考えられる。農地法に規定されている一連の所有者不明農地等を買収する制

度は、所有者が農地の占有を喪失した結果、その買収について公告を活用して手続を簡略化したものである。みなし放棄制度においては、所有者が占有を喪失した土地の取得手続の簡略化という点を前例として参考にすべきである。

6.2 民間公益活動を促進するための休眠預金等に係る資金の活用に関する法律

近年の法制度として参考となるのは、平成30年1月1日から施行された「民間公益活動を促進するための休眠預金等に係る資金の活用に関する法律(平成28年法律第101号、以下、「休眠預金活用法」という。)」である。

休眠預金活用法においては、10年以上、入出金等の異動のない預金等(休眠預金等)について、

- 1) 金融機関が預金等の存在を預金者等に通知したにもかかわらず、預金者等の所在が確認できない預金等について、
- 2) HPで公告⁵⁸⁾を行った上で、預金保険機構に移管する。
- 3) 預金保険機構は、指定活用団体に対し事業計画の実施に必要な金額を交付する。
- 4) 指定活用団体は、事業計画等に基づいて資金分配団体を公募により選定し、助成又は貸付を行う。
- 5) 資金分配団体は、民間公益活動を行う団体を公募により選定し、助成等を行うこととしている。

ここで注意すべき点は、

- ・最終的に資金が分配されるのは「民間公益活動を行う団体」であること
- ・休眠預金等は預金保険機構に移管されるが、預金者等であった者は、預金保険機構(委託を受けた金融機関)に対し、申出に基づき休眠預金等代替金(元本+利子相当額)の支払を請求することができること(同法7条2項)

である。後者によると、預金者の金融機関に対する金銭債権は、預金保険機構に移管された後も完全に保護されているのである⁵⁹⁾。

6.3 自転車放置防止条例

放置自転車は昭和50年代後半に大きな社会的問題となった。放置自転車の問題点としてよく挙げられるのが、以下の三点である(小林奉文(2004)「自転車施策の課題」リファレンス、平成16年7月号、p.7)。

- 1) 歩行者や救急車等の通行の妨害になること
- 2) 乱雑な放置により美観が害されること
- 3) 自転車盗難が増加すること

1980(昭和55)年に「自転車の安全利用の促進及び自転車駐車場の整備に関する法律(昭和55年法律第87号)」が制定された。その後この法律は1994(平成6)年に「自転車の安全利用の促進及び自転車等の駐車対策の総合的推進に関する法律(以下「自転車法」という。)」に改正された。この改正で市区町村の権限が拡大され、放置自転車の撤去や処分を行うことが容易になった。この法律に基づき、現在多くの市区町村で放置自転車等防止条例が定められている。

自転車法 5 条 6 号において、「地方公共団体……等は、……放置自転車等……の撤去等に努めるものとする」とされており、同法 6 条 1 項で「市町村長は、……条例で定めるところにより、その撤去した自転車等を保管しなければならない」とされ、当該自転車の保管について「市町村長は、……条例で定めるところによりその旨を公示しなければならない（同条 2 項）」とされている。

また、「公示の日から相当の期間を経過してもなお当該自転車等を返還することができない場合においてその保管に不相当な費用を要するときは、条例で定めるところにより、当該自転車を売却し、その売却した代金を保管することができる（同条 3 項）」とともに、「当該自転車等につき、買受人がないとき又は売却することができないと認められるときは、市町村長は、当該自転車等につき廃棄等の処分をすることができる（同項）」と定められている。

「……自転車法によると、道路や広場など公共の場所に止めてある自転車等は、市町村長においてこれを撤去して保管したうへ、所有者に通知し、公示もして引取りをうながすが、引取りの申し出がないままに 6 か月が経過した場合には、市町村がその所有権を取得するものと規定された(6 条 4 項)。従来は、遺失物法（平成 18 年法律第 73 号）に依拠する以外には対処が困難であった点であり、今回の法改正の眼目の一つとされる点である（徳本伸一(1995)「改正自転車法」ジュリスト 1060 号、p.6)」。

地方公共団体の条例における放置自転車の処理に関する手続はそれぞれ異なっ

ているが、大体において共通する要件は、概ね以下のようなものである。

- 1) 放置された自転車等があり一定の要件に該当する場合、当該自転車等を移動すべき旨を告知する注意札を当該自転車等に取り付けること
- 2) 注意札を取り付けたにもかかわらず当該自転車等が規則で定める期間継続して放置されているときは、当該自転車等を保管場所に移動、保管することが出来る。
- 3) 規則で定める期間保管したにもかかわらず、引き取りのない自転車等については、当該自転車等を売却し、その代金を保管することができる。

ここで注目すべきは、自転車の所有権を放棄するという所有者の意思がないにもかかわらず、市町村長が当該自転車の処分ができるということである。

徳本教授は、

民法の専攻者として特異な感じを受けるのは、6 か月経過前にはまだ市町村には保管物の所有権は帰属していないにもかかわらず、市町村長がこれを売却する権限を取得しうる、とされた点である。この売却は、市町村長の名においてなされるのであろうから、市町村長は、他人のものを自己の名において有効に処分しうることになるものと思われるが、このことを根拠づける法理は一体何なのであろうか。もちろん代理でもなく、いわゆる『授権』でもありえない。本人の意思による権限の授与が欠けているからである。また事務管理ともいえまい。

事務管理者は、管理目的物の売却権限は持たないからである。あえていえば商法上の自助売却(商法 524 条)に似ていなくもないが、要件が違っているし、こちらでは供託または競売に付すことになっている。他人の物を売却するものである以上、市町村長は、なるべく高く売る義務を負っているのであろうか。

専門は違いますが、同じく同僚の N 助教授は、相当期間所有者が引取りに来ない場合には、『所有権を放棄した』ものとみなし、この時点で市町村が所有権を取得する、としてもよかったのではないか、という意見であった。立法論として参考になろう。

右の権限は、この法律によって特別に認められた権限である、といってしまうとそれまでであるが、法律家としての悲しい性のゆえに、なにかすっきりとした説明が欲しい、という想いは今日も続くのである(徳本(1995), p.6、傍点は引用者)

と述べておられる。N 助教授の考え方は極めて妥当であるが、より直截的にこの規定は実質的に「所有権のみなし放棄」を定めた規定であり、本稿で述べる所有者不明財産のみなし放棄制度の一例であると解すべきである。

以上より、放置自転車等を所有者の意思にかかわらず処分するために必要な要件は、

a) 放置自転車の存在(所有者の占有の喪失)

b) 告知により放置自転車所有者の自発的行動を促すことにより所有意思の確認

c) 自転車の保管場所への移動とその旨の告知、返還するために必要な措置(調査等)、保管後一定期間の経過(所有者の反応がないことにより所有意思放棄と見做す)

d) 売却代金の保管(財産的価値の確保)である。

なお、千葉市自転車等の放置防止に関する条例(昭和 58 年 3 月 15 日条例第 9 号)、横浜市自転車等の放置防止に関する条例(昭和 60 年 4 月 5 日条例第 16 号)及び江東区自転車の放置防止及び自転車駐車場の整備に関する条例(昭和 60 年 10 月 11 日条例第 28 号)を例として見てみると、

(1) 自転車の放置期間

- ・千葉市 7 日間(千葉市自転車等の放置防止に関する条例施行規則(昭和 58 年 9 月 5 日規則第 62 号) 5 条)
- ・横浜市 7 日間(横浜市自転車等の放置防止に関する条例施行規則(昭和 60 年 8 月 24 日規則第 66 号) 4 条)
- ・江東区 1 日(江東区自転車の放置防止及び自転車駐車場の整備に関する条例施行規則(昭和 60 年 11 月 1 日規則第 47 号) 5 条)

(2) 保管期間

- ・千葉市 1 箇月(上掲千葉市規則 6 条)
- ・横浜市 2 箇月(上掲横浜市規則 8

条)
・江東区 30 日（上掲江東区規則 9 条）
となっており、全国的には、最大 180 日、最短 30 日、平均 89 日（阿部清一(2012)「放置自転車の問題と対策の先進事例」循環とくらし No.3, p.47）である。

6.4 放置自動車の処理等に関する条例

放置された自転車だけでなく、放置された自動車の処理等に関する条例が多くの地方公共団体で定められている。このような条例は、1991（平成 3）年に横浜市において、「横浜市放置自動車及び沈船等の発生の防止及び適正な処理に関する条例（平成 3 年 9 月 25 日条例第 31 号）」が制定されたのが最初である⁶⁰⁾。これらの条例は、公有地管理の観点から定められているものである（よって、私有地の放置自動車には適用されない⁶¹⁾）。

環境省資料（「不法投棄及び不適正保管への対応に向けた使用済自動車判別ガイドライン」、

<https://www.env.go.jp/press/files/jp/17046.pdf>）によると、条例・要綱等における廃物認定基準は、

- 1) 自動車としての本来の用に供する可能性に着目した指標
 - ・自動車の走行に必要な主要部品が取り外されている車両
 - ・火災により車体が広範囲に延焼、水没により車体が損傷している車両
- 2) 所有者又は使用者の今後の使用継続の意図に着目した指標
 - ・フロントガラス、車枠・車体、タイヤ、ハンドル・ステアリング、エン

ジン、トランスミッション、バッテリー、燃料タンクなど自動車の走行に必要な主要部品が取り外されている、又は大きく損傷している車両

- ・所有者等が確認できず、長期間にわたり使用の形跡が認められない車両

- ・車内にごみが散乱しているなど放置されていると判断される車両

に大別されているが、いずれの指標においても所有者の所有意思の喪失が明白であり、これらの指標のいずれかに当てはまれば所有権を放棄したものと見做すことが可能である。

また、さらに踏み込んだ判断基準を独自に設けている条例もある。例えば、「市原市放置自動車の処理に関する条例（平成 17 年 12 月 19 日条例第 55 号）」では、放置自動車の所有者等の調査を行った（同条例 4 条 1 項）うえで

- i) ナンバープレート等が欠損し所有者が判明できず、発見から 1 ヶ月以上経過した車両
 - ii) 所有者に対し、撤去指導を行ったものの従わないため、期限を定めて撤去を命じたが従わない車両
 - iii) 所有者は判明したが、行方がわからないため、撤去命令を公示の方法により行い、到達したとみなす日（公示から 2 週間後）から 1 ヶ月以上経過した車両
 - iv) 発見時に走行不能な状態である車両で、かつ、所有者が判明しているものの行方がわからない車両は、発見から 1 ヶ月以上経過したとき
- のいずれかに該当するときは、「市長は、

.....放置自動車の使用を終了したものとみなすことができる（同条例 8 条 1 項）」としているが、この条例は放置自動車のみなし放棄制度を明確に定めていると言うことができる。

6.5 その他みなし放棄に類似する行政上の運用

6.5.1 土地境界みなし確認制度の創設

国土交通省は、地籍調査に関する所有者の確認手続について、「地籍調査作業規程準則(昭和 32 年総理府令第 71 号)」を改正し、「土地境界のみなし確認制度」（無反応土地所有者への対応）を創設した⁶²⁾（2024(令和 6)年 6 月 28 日公布・施行）。

現行の地籍調査においては、訴訟リスクを避けるため、原則として境界を挟んだ所有者双方の立ち会いによる現地確認を必要としている。しかし、市町村が立ち会いを要請しても所有者の反応がない場合も多く、このような場合は「境界未定」として処理せざるを得なかった。そのため、公共事業の用地取得が困難になったり、以後当該土地を売却しようとする場合には、所有者同士で費用を分担し登記手続をする必要があった。

この制度は、現地での立ち会い要請に所有者からの反応がなく、市町村が書面で提示した境界案に対しても意見がない場合は確認を得たと見做せるようにするものである。具体的には、書留を含めて 3 回程度立ち会い依頼を通知し、それでも反応がない場合には、土地の面積が分かる「地積測量図」等の客観的資料に基づいた境界案を送付、これに対して 20 日間意見がなければ、所有者が当

該境界案を確認したものと見做すこととしている。

すなわち、この制度は、

- 1) 市町村からの要請（3 回程度の通知）
- 2) 境界案送付後 20 日間の期間を猶予（一定期間の経過）

等一定の手続を経ることで土地所有者本人の明示の承認がなくても承認があったものと見做し、土地の境界を確定するというものである。

これにより、本来自分の所有する土地が相手方の所有する土地に移行することがあり得る。よって、この制度は結果的に土地のみなし放棄を認めた制度でもあるということが可能である。

6.5.2 令和 6 年能登半島地震による特例

地震で損壊した家屋等の公費解体・撤去に当たっては、家屋等の所有者の申請の上で行うことが原則とされているが、

- 1) 不動産登記簿上の所有者が既に死亡しているにもかかわらず相続登記がなされていないために、不動産登記簿の情報だけでは申請者が家屋等の所有者であるかどうかを確認することが困難で、家屋等が複数人によって共有されている可能性が排除できない場合
- 2) 他の情報により家屋等が共有されていることが判明したが、解体・撤去に係る関係者全員から同意書を取得することが困難な場合

等があり、このような場合は家屋等の公費解体・撤去の手続が困難になる。

そこで、上記のような場合においても公費解体・撤去に向けた手続を円滑化・迅速化するために、甚大な被害を出した

令和 6 年能登半島地震における解体・撤去対策として、建物の滅失登記や所有者不明土地建物管理制度に加え、いわゆる宣誓書方式を活用することとされた。

すなわち、

- 3) 共有者等に対する意向確認の状況（意向確認の連絡をしたが応答がないこと等）
- 4) 家屋の状況（取り壊さないと建物が周囲に損害を与えるおそれがあること等）

等を総合的に考慮してやむを得ないと考えられ、

- 5) 申請者が公費解体・撤去の申請をすることに対して共有者等から異議が出る可能性が低いと考えられる場合には、所有権等に関する紛争が発生しても申請者の責任において解体する旨の書簡（宣誓書）の提出を受けることにより、解体・撤去を行っても差し支えがないとされた。

これは

- ・所有者が不明である等の理由によりすでにその占有が失われていると判断できること（占有の喪失）、
- ・意向確認をした所有者の意思が確認できないこと（不確知共有者への公示及び一定期間の経過による放棄意思の確認）、
- ・確知所有者の宣誓書の提出（不確知共有者が異議を述べず同意したことの確認）

により損壊した家屋の所有権を共有者全員が放棄したものと見做す制度である。（確知できない一部共有者の）占有の喪失、所有意思の確認ができないこと

は上述した他の制度の要件と合致するものである。なお、損壊した家屋等の解体・除却であるため対価は発生しない。

6.6 みなし放棄制度に必要な要件

以上の諸制度は所有者から放棄された財産を処理する制度であるから、これらの制度に共通する要件の前提として、まず

- ・所有者の占有の喪失があり、それ以外の要素として
- ・所有意思の欠如（放棄意思の確認）が必要となる。

所有意思の欠如については、「黙示の意思表示は認められるか（吉田克己(2018a)「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 年春), p.62)」という問題があるため、所有者が黙示の権利放棄の意思表示を行ったと見做すための補完となる要件として以下のようなものを挙げることができる。

1) 公告等

所有者に対して権利主張の機会を与えることが望ましい。

2) 一定の猶予期間

公告等の後一定の猶予期間内になんらの対応も行わなかった所有者は、当該財産を放棄する意思を表示したものと見做すことになる。

さらなる追加的要件として、

3) 必要に応じ所有者の探索

所有者の所有権放棄意思を確認するために所有者の探索をすることが望ましい。

4) 必要に応じ対価の確保

上述したように、被災した建物の除却のような場合は財産的価値がないと考えられるので対価を確保する必

要はないが、通常は憲法 29 条に抵触しないよう対価の確保を行うことが望ましい。

が考えられる（表-1 参照）。

よって、本稿で検討するみなし放棄制度においても、これらの要件を見ていく必要があると考えるべきである。

7 みなし放棄制度に類似する民法の制度

以上、現存する様々な法制度から、所有者があるモノの占有を黙示的に失ったと解される場合にその所有権を放棄したと見做される制度について検討を行い、その手続的な要件についても精査した。

ところで、所有者が占有を失うことにより所有権を放棄したと見做される制度がすでに民法には存在しており、みなし放棄制度を検討するに当たり参考となると考

えられる。

それは

- ・民法 162 条の時効制度（特に、同条 1 項（長期取得時効））

- ・同法 241 条の埋蔵物制度

である。

これらは、真の所有者の占有の不存在により、結果的に所有者がその所有権を喪失するという法的効果をもたらす制度であり、前章で紹介したみなし放棄的性格を有する様々な制度に類似した性格を有している⁶³⁾（表-1 参照）。

ただし、時効制度の対象となるある物の真の所有者は必ずしも不明ではない点で、所有者不明土地等とは違いがある。それに対し、埋蔵物の所有者は存在すると考えられるが、「現在何人の所有であるか判りにくい物をいう（最判昭和 37 年 6 月 1 日集民 61 号 21 頁）」とされており、所有者不明土地により似通った性格を有している。

| | | 長期時効取得 | 埋蔵物 | みなし放棄 |
|---------------------|----------------------------|--------|-----------------|-----------------|
| 所有者の占有 | | × | × | × |
| 占有者の存在 | 所有意思 の放棄を 徴表する 要素 | ○ | × | × |
| 本人の探索 | | × | × | ○ |
| 公告 | | × | ○ | ○ |
| 一定期間経過 | | ○ | △ ^{*2} | ○ |
| 対価の支払 | | × | × | ○ |
| 財産の活用 ^{*1} | | ○ | ○ ^{*3} | ○ ^{*3} |

表-1 所有者の占有喪失及び所有意思の放棄により所有権が移転する制度の要件

^{*1} 前章の制度において爾後の財産の活用が必須であるのは、農地法及び休眠預金活用法である。

^{*2} 我が国の埋蔵物制度は独仏とは異なり「一定期間経過」という要件はないが、実態としては一定期間経過しているのが通常である。

^{*3} 時効を除き、新しい所有者が利活用することになる。

7.1 時効制度

7.1.1 時効制度の存在理由

時効制度の存在理由については様々な説が提唱されてきた。かつては時効制度の存在理由を統一的に説明することが志向されたが、現在では、時効制度は「多元的に正当化されるものと理解されている。その多元的根拠からの正当化も、……、時効制度に含まれる多様な制度ごとにおこなわれる(取得時効制度と消滅時効制度を別個に考え、さらに、それぞれにおいて長期時効制度と短期時効制度を分けて考える)のが一般である(佐久間毅(2008)『民法の基礎1 総則[第3版]』, 有斐閣, p.393)」。

ここでは、長期取得時効の存在理由について検討を行うが、大別して次の1)、2)、二つの考えがある。

1) 事実状態の尊重

一つ目の「事実状態の尊重」説は、乙が一定年数真の所有者(甲)の土地を占有した場合に、将来当該土地についてなんらかの権利義務関係を構築する者を保護しようというものであり、第三者丙からすれば望ましい説ではある。

しかし、この説は単に長期間占有しただけ(特に長期取得時効が適用される場合は占有者乙が悪意又は有過失と解され、乙を保護する必要性は極めて小さい)で占有者乙が所有権を取得することを積極的に是認することになり不道德的であると言わざるを得ない⁶⁴⁾。

特に、乙が土地の登記名義人ではな

く、単にその土地を占有しているだけの場合、登記簿を確認しないで乙と土地取引をした丙は過失ありとされる(大判大正5年3月24日民録657頁)ため、真の所有者である甲よりも丙を保護する理由がない。この説の欠点は占有者乙の事情だけでは時効の存在理由を説明できず、当該土地に関して新たに法律関係を生じさせる第三者の存在を前提としていることである⁶⁵⁾(佐久間(2008), p.391)。

星野教授が批判されるとおり、「この説は、結局のところ、時効を、権利者らしい事実状態を信頼した第三者を保護するための制度とすることに帰する⁶⁶⁾が、そういえるためには、民法における第三者保護のための諸制度と比較して、要件・効果の点で共通しているかを眺め、もしそうでないならば、その理由について説明がなされる必要がある(星野英一(1978)「時効に関する覚書—その存在理由を中心として—」, 『民法論集 第四巻』, 有斐閣, p.173)」。しかし、民法に定める第三者保護のための諸制度(民法94条2項、96条3項、112条、192条等)と比較して、第三者丙を保護するのに必要な要件(第三者の善意(及び無過失⁶⁷⁾)が完全に欠落している一方で、それを補完する要件はなく、時効にそれらの制度と同様の効果を生じさせる根拠は乏しいと言うべきである。

このように、長期取得時効により現に存在する真の所有者甲から無償で

所有権を剥奪し占有者乙に与えるのは、本稿で述べてきた他の制度と比べ真の所有者にとって酷であると言わざるを得ない。

よって、単なる占有者である乙を保護するには、より直截的な理由が必要である。特に乙が悪意の場合、結果的に立法及び司法が積極的に悪意の占有者に荷担することになるため、その理由をより慎重に考える必要がある⁶⁸⁾。

また、そもそもこの説では、所有する土地を本来自由に放置できるはずの真の所有者甲⁶⁹⁾の所有権を侵害する時効制度が憲法 29 条に抵触している可能性を否定できない。

2) 証明の困難

この説は、1)とは逆に真の所有者 B の方を保護しようという考えから主張される説である。

すなわち、甲が当該土地を契約により取得し所有していたとしても、契約書が散逸し、それを証明することができないことがある。そのような真の所有者 B を保護しようというのが長期取得時効制度であるというのである(星野(1971), p.252)。

この説は、1)説のように何の権利もない悪意の不法占有者に土地所有権の取得を認めるという根本的に不道徳的な結果を積極的に是認する説とは全く逆で、真の土地所有者を保護しようという極めて賛同しやすい説であると言える。

母法であるフランス民法典の短期取得時効制度にあっては「売買契約な

どの法律行為によって不動産を譲り受けた者 B の前主 A (売主) が無権利者であったために、譲受人 B が所有権を取得できなかった場合に、譲受人を保護する制度であった(フランス民法 2265 条) (四宮和夫・能見善久(2010)『民法総則〔第 8 版〕』,弘文堂, p.356)」とされているが、我が国の民法はこの短期取得時効制度を取り入れる時に、要件を「善意」及び「正権原」から「善意」及び「無過失」に変更した(民法 162 条 2 項)ため、取得時効の要件から「取引」という要素は完全に排除されてしまった。それに伴い、短期取得時効の適用範囲は境界線越境による隣人の土地の侵奪という事実行為にまで及ぶようになるとともに、その存在理由は、「『取引の安全』から『継続している事実状態の保護』のための制度(同)」と捉えられるようになった(多数説)。これに対し、この有力説は「制度の沿革を重視し、取引安全の制度として純化して理解すべきである」と主張しているのである。

しかし厳密に言えば、この説は長期取得時効の存在理由にはなりにくいと考えられる。「永続した権利行為または不行使の事実が存在する場合は権利の存在・消滅の蓋然性が大きい(星野(1978), p.180)」とはいえ、「蓋然性は必然性ではないのだから、これではやはり、無権利者に権利を与え、義務者にこれを免れさせることの十分な説明にはなっていない(同)」からである⁷⁰⁾。

結局、長期取得時効制度は、真の権利者だけでなく無権利者についても同様に保護してしまう制度である(すなわち、不道徳的である)ということになる⁷¹⁾。ただ 1)説は無権利者保護を積極的に認める考え方であるが、2)説は、無権利者が保護されるのは必要悪であるという自覚がある点が異なると言える。

3) 財の効率的利用

しかし、近年これらとは異なる視点からの根拠が主張されている。

すなわち、能見善久教授の「財の効率的利用説」である。能見教授は、「試論であるが、長期取得時効制度を財の効率的利用の観点から説明することができないであろうか。占有者は非占有の所有者よりも、その財産をいわばより効率的に利用しているのであり、このような**財の効率的な利用**を保護するのが長期取得時効であると考えたい(四宮・能見(2010), pp.357-358、太字は原文)」とされている⁷²⁾。従来の説では「所有権を認めることが法的に望ましくない」者である無権利者乙を保護することは、一般人の正義感に反しているが時効制度を定める以上やむを得ない必要悪であると考えていたため、違和感を拭いきれなかった。

しかしこの説では、無権利者乙を「土地を有効活用できる者」として肯定的に評価するという一種のパラダイムシフトにより違和感を拭い去り正当化することにある程度成功している⁷³⁾。

ここでは、真の所有者甲は土地を所

有しているにもかかわらず有効活用できない者と見做して、有効活用している占有者乙と比較し、相対的に法的保護に値しない者として位置づけられている。これは、上述したローマ法、御成敗式目、ロックの考え方に通じるものがある。このような現実的な価値判断がなされて初めて悪意の占有者の保護の正当性をある程度は説明し得るのではないかと考える。このことは、自創法 6 条 3 項本文の農地買収対価と憲法 29 条 3 項の「正当な補償」との関係が争われた最高裁判決で「収用した結果具体的の場合に特定の個人が受益者となつても政府による収用の全体の目的が公共の用のためであればよい」とする栗山補足意見と軌を一にしている(注 46)参照) と言うことができる(時効の場合は、政府の介入はなく直接所有者から占有者に所有権が移転するが)。

4) 所有権放棄の意思表示

さらに、曾田厚志教授は、「発想をコペルニクス的に転換するべきである」と述べ、「時効は権利者から権利を奪う制度ではなくして……、権利者自らが自らの意思で権利を放棄することを内容とする制度ではないか、と考えるべきである⁷⁴⁾(曾田厚志(1992)「自由意思と時効」,星野英一・森島昭夫編(1992)『現代社会と民法学の動向 下 一民法一般 加藤一郎先生古稀記念』,有斐閣, p.212)」と主張しておられる。

意思表示に関しては、「他人をして自分の意思表示を推断させるだけの

行為が伴わなければならない。……言語・文字などから成立するのが普通だが、それ以外の挙動によることも少なくない。事情によっては、沈黙も一定の表示価値をもつ場合がある(我妻栄(1965)『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』, 岩波書店, pp.239-240、傍点は引用者)」と解されている。また、意思表示には明示のもの又は黙示のものがあるが、それらの違いは相対的な区別に過ぎず、「これを区別する実益がない(同, p.240)」とされている。

曾田教授は、「『権利の発生が当事者の意思に懸かっているのなら、その消滅も当事者の意思によって基礎づけられるべきではないか』とされ、権利者の『継続的権利不行使は、意思の作用の停止として意思の不存在そのもの、或いは意思の自己否定として権利放棄そのもの』を意味するが、長期間の時間経過は『権利放棄の意思の推定に充分すぎる根拠を与える』とされ、従って、時間経過における権利放棄の意思の表われこそが時効制度の基礎になる、と主張される(草野元己(1996)『取得時効の研究』, 信山社, p.5)」。

これは、使い古された「権利の上に眠る者は保護に値しない」という単なる事実状態に対する制裁を示した法諺を法律的に分析し、具体的に言語化(長時間の経過から所有権放棄の意思表示を推定)した主張であり、傾聴に値する説であると言える。

さらに、所有者本人の所有権放棄意

思を認めることにより、無償で所有権が占有者に移転することも説明できると考えられる。

5) 本稿の考え方

時効については、長年にわたり様々な学説が提唱されており、星野教授も「民法の中のわけのわからない制度の一つである(星野英一(1971)『民法概論Ⅰ(序説・総則)』, 良書普及会, p.249)と述べておられ、安易に結論を出すことは憚られるところである。

しかし、そもそも、所有権を占有者に移転、特に悪意の占有者に無償で移転するような不道德な制度を認めることを所有者、占有者一方だけの理由で正当化するのには困難であると考えられる。

ここでは、3)財の効率的利用説と4)所有権放棄の意思表示説を併せることにより、長期取得時効の存在理由を説明することが、所有者及び占有者双方の利害関係の調整を行う上でもっとも適切ではないかと考えている。占有者が当該土地を有効活用していることから導き出される「占有者の所有の必要性」及び所有者が長期間にわたり所有者であることの意味表示をなんら行わないことから導き出される「所有者による所有権放棄の意思表示」により、真の所有者は所有権を喪失し、占有者が無償で所有権を原始取得することになるのである⁷⁵⁾。

7.1.2 取得時効制度とみなし放棄制度の相違点と共通点

所有者不明土地のみなし放棄制度と取得時効制度との大きな違いは、

- 1) 所有者不明土地の所有者は誰であるか、またはその所在が明らかでない

が、取得時効の対象となる土地の本来の所有者は必ずしもそうではないこと

- 2) 所有者不明土地の所有権を当該土地を活用しようという者に移転するに当たっては所有者の探索が必須であるが、取得時効の対象となる土地の所有者を探索義務は当該土地の占有者にはないこと
- 3) 取得時効制度ではすでに一定期間以上当該土地を占有する者が存在しているのに対し、みなし放棄制度においては当該土地の占有者が存在せず、今後当該土地を取得して有効活用しようとしている者がいるにすぎないこと
- 4) 取得時効制度は無償で土地所有権を占有者に移転させるのに対し、みなし放棄制度は対価の支払いが必要(本稿の考え)であること

等を挙げることができる。このように、取得時効制度の要件等は所有者不明土地のみなし放棄制度と比較してかなり緩やかであると言える。

逆に、所有者不明土地のみなし放棄制度、取得時効の双方に共通して当てはまる点は、

- a) 元々の所有者はその所有する土地を放置していること
 - b) 当該土地を有効活用している、又は有効活用できるのは、新しい所有者(当該土地の占有者または所有者不明土地を取得しようとする者)であること
- である。
- a) に関し、長期にわたる放置により

所有意思を喪失したと見做されることについては後述する。b) に関しては、取得時効制度の対象となる土地はすでに有効活用されている可能性が高い(少なくとも放置している真の所有者よりは、という意味で)。よって、みなし放棄制度においても所有者不明土地を取得しようとする者に土地の有効活用を義務づけることにより、制度の正当性を担保することが可能である。財の効率的利用は、取得時効制度及びみなし放棄制度両制度の共通の存在理由なのである。

7.2 埋蔵物制度

7.2.1 埋蔵物制度とみなし放棄制度の共通点

埋蔵物制度とみなし放棄制度の関係であるが、両制度の対象となる財産は、

- 1) 本来の所有者のほとんどは「相続」を介してその所有権を取得したが、
- 2) 土地を長期間にわたり放置したこと(田中教授はこの「事実上の享受の継続的不作為」を「長期の等閑」と呼ぶ。田中整爾(1975)『占有論の研究』,有斐閣,p.6)により、所有者の占有及び所有意思を喪失(7.1.1.4)の曾田教授の考えも同様の考えに基づくものであると考えられる)し、かつ
- 3) 所有者が不明又はその所在が不明である

状況にあるという共通点を有しており、いわばパラレルの制度であると言えることが可能である。

本来、相続人は相続の開始により被相続人の財産を包括的に承継する(民法895条)ものである。そして「このこと

は、法律上当然に生じ、なんらの要式も、また遺産の占有をも要しない。……この場合、所有権のごとき観念的な権利の移転についてはなんらの問題もない(高木多喜男(1981)『不動産法の研究』,成文堂, p.155)」とされている。

しかし、埋蔵物に関しては相続により所有権を取得した者が現に存在しているであろうと考えられるにも拘わらず、民法上所有権者は十分な保護を与えられていない。その理由は長期の等閑により所有権者が占有及び所有の意思を喪失したと見做されることにあると考えられる⁷⁶⁾。以下、このように考える理由について検討を行うこととする。

7.2.2 埋蔵物とは(独仏の制度との比較)

ではまず、埋蔵物とはどのような物か。

埋蔵物とは、一般に「土地その他の物の中に外部からは容易に目撃できないような状態に置かれ、しかも現在何人の所有であるか判りにくい物をいう(最判昭和37年6月1日訟務月報8巻6号1005頁)」と解されており、富井博士も法典調査会において、埋蔵物は「無主物デナイ(法務大臣官房司法法制調査部監修(1984)『法典調査会 民法議事速記録二 第二十七回—第五十五回』, 商事法務研究会, p.23)」と明言されている(それ故、先占の適用はないとされる)。

我が国では、このように埋蔵物には所有者が現に存在しているであろうことが想定されている⁷⁷⁾が、その所有権は

民法241条の規定により遺失物法に定める6か月の公告手続(同法7条4項)を経たうえで発見した者の所有に帰することになっている。

これに対し、ドイツでは「埋蔵物」を所有者がわからなくなったものであると定義しており⁷⁸⁾(独民984条⁷⁹⁾⁸⁰⁾、発見時点で所有者がいないことが要件となっている。また、フランス民法典も、「埋蔵物を『何人も自己の所有権を証明できない物(仏民716条)』と規定する(川島武宜・川井健編(2007)『新版注釈民法(7)物権(2)』, 有斐閣, p.391[五十嵐清・瀬川信久執筆])」。そのため、ドイツ、フランスとも、埋蔵物は無主物と同様、発見者がその所有権を即時に取得する(独民958条⁸¹⁾⁸²⁾⁸³⁾とされているが、これは当該物の所有者が存在しないことの当然の論理的帰結である。しかし、後になって元の所有者あるいはその承継人が所有権を証明すると、その物は埋蔵物ではなかったことになり、所有物の返還を請求できる。我が国民法における埋蔵物は、所有者がいることが前提であるから遺失物と同等の公告を行う必要があり、それに対して所有者であると名乗り出れば埋蔵物は返還されるのに対し、ドイツ及びフランスでは、所有者がいない若しくは仮にいても容易にはわからないことが前提であるため、所有者であると主張する者に立証する責任があると考えられる。

| | 期間の経過 | 発見の偶然性 | 所有者が存在しない | 手続 | 発見者の所有権取得時期 | 所有権移転後の所有者の返還請求 |
|------|-------|--------|----------------------------------------------|--------------|-------------|------------------------------------------|
| 日本 | 不要 | 不要 | 所有者が存在する可能性あり (所有者が存在しないことが 明確なときは無主物) | 必要 (遺失物法) | 公告後6か月経過 | 不可 (公告期間経過後は返還請求できない) |
| ドイツ | 必要 | 不要 | 所有者の確定不能 | 不要 | 即時 | 可能 (所有者が自己のものであることを証明でき れば返還請求が可能) |
| フランス | 必要 | 必要 | 所有者の確定不能 | 不要 | 即時 | 可能 (所有者が自己のものであることを証明でき れば返還請求が可能) |

表-2 日・独・仏における「埋蔵物」の違い

このように、我が国民法は、ドイツやフランスとは異なり、埋蔵物の所有者が存在することを前提としており、本来であれば公共事業等の事業者が所有者不明土地を取得する場合と同様、徹底的に探索を行い真の所有者たる相続人を発見し返還することが望ましいはずである⁸⁴⁾。しかし、現行民法上は、公告後6か月(遺失物法7条4項、ドイツとは異なり、発見即所有権の取得ではない(富井政章(1915)『民法概論 第二巻 物権』,有斐閣書房, p.130))が経過すれば発見者が所有権を取得(又は土地所有者と折半)できるようになっており、本来の所有者の保護の程度が引き下げられている。この動産の埋蔵物に対応した規定が所有者不明の不動産についても必要であると考えられる⁸⁵⁾。

7.2.3 埋蔵物規定の根拠

我が国では所有者の存在が前提である埋蔵物について、能動的に本来の所有者を探しだす必要がなく、一定の公告手続を経るだけという簡略化された手続で発見者が所有権を得ることになっているが、それは何故だろうか。その理由について、

以下で考察してみたい。

7.2.3.1 埋蔵物に関する学説

埋蔵物については、ローマ法以来の沿革があり、我が国でも大宝律令に同種の規定がある⁸⁶⁾(川島武宜編(1968)『注釈民法(7)物権(2)』,有斐閣, p.279 [五十嵐清執筆])が、その立法趣旨については必ずしも明確ではない⁸⁷⁾。埋蔵物の所有権取得については、旧民法で定められていたように発見者については先占説⁸⁸⁾(旧民法財産取得編5条1項)、包蔵物所有者については附合説(添付説、同法23条1項)が有力であったが、「今日では、法律によつてとくに認められた所有権取得方法であると解されて(同, p.281 [五十嵐清執筆])」いる。その根拠については種々の説があるが、「発見者に対しては、その労力に報いるためという説と幸運の贈物であるという説があるが、前者が通説である(同)」とされている。しかし、無主物の取得理由としてならともかく、他人の物である可能性の高い物の所有権取得を、6か月の公告後とはいえ、こ

のような理由で認めるのは説得力に欠けていると言わざるを得ない。そもそも、工事現場で建設作業員がたまたま埋蔵物を発見したような場合、建設作業員はそのために特段の労力を尽くしたわけではない(建設作業員には、工事発注者から建設業者に支払われた請負代金の一部が建設工事のための労力の対価として支払われている)ため、労力報酬説では建設作業員が埋蔵物の所有権を取得することを説明できない⁸⁹⁾。

所有権を得る側の根拠は、このような説得力に乏しいものでしかない⁹⁰⁾。そこで逆に埋蔵物の真の所有者に所有権を喪失してしかるべき理由があるかについて検討を行うこととする(もしそれが認められれば、その反射的な効果として埋蔵物発見者が所有権を得ることになる)。

7.2.3.2 埋蔵物とみなし放棄

上述したように、所有権の放棄(喪失)には、所有意思の喪失及び占有の放棄が必要である。以下では、この二つの要件が、埋蔵物の所有権の帰趨にどのように関連しているかについて考察を行うこととする。例として、父親(被相続人)が生前家族に黙って秘かに購入して蔵に隠しておいた壺の所有権について考えてみることにする。

1) 蔵の中にある壺(通常相続)

a) 占有

一人息子甲が全財産を相続した場合は、蔵の現在の所有者である甲に壺の占有があると考えられる。相続人は被相続人の財産に対する占有を相続すると考えられているが、さら

に詳細に分析すると、占有については後述するように、自己のためにする意思(animus, 心素)と所持(corpus, 体素)が必要である(民法180条, 梅謙次郎(1911訂正増補改版第31版, 1984復刻)『訂正増補 民法要義 卷之二 物権編』, 有斐閣, p.31)。しかし、自己のためにする「意思は潜在的・一般的であることを妨げない⁹¹⁾(我妻栄・有泉亨(1983)『新訂物権法(民法講義II)』, 岩波書店, p.468、傍点は原文)」ので、蔵の所有者は蔵の中の物(壺)の存在を一つ一つ個別に認識していなくても自己のためにする意思が認められる。また「物の所持とは、物を現実に支配していること(石田穰(2008)『民法大系(2)物権法』, 信山社, p.512)」であり、それは「自己の支配領域内にそれをおくことである(同)」ので、蔵を現実に支配していることで甲はその内部にある個々の品を包括的に支配領域内においていることになり、壺についても所持が認められる。よって、相続人である甲は壺についての占有を有していると解することができる。例えば最高裁は、銀塊が海中に埋もれていても所有者が保管方法として海中に沈めておいたものであり占有を失っていないから埋蔵物ではない(最判昭和37年6月1日訟務月報8巻6号1005頁)と判示している。最高裁は、所有者が銀塊の占有を継続している(さらに、第三者に持ち去られることを予防するために行っているため、所有の意思も継続してい

るのは明らか)と認定し、埋蔵物であることを否定している。この判例から、埋蔵物は埋蔵されているだけでは足りず、それに加えて少なくとも真の所有者の占有が失われていることが要件であると解することができる。

b) 所有の意思

蔵全体に対する所有の意思は、蔵の内部にある個別の物全てにも包括的に及ぶと考えられるので、蔵の所有者は壺を所有していると解して差し支えないと考えられる(このことは数代にわたり壺が蔵の中で眠っていたとしても同様である)。

2) 地中にある壺(埋蔵物)

これに対し埋蔵物は、壺が蔵の中にあるのではなく地中に埋まっている場合(誰かが埋めた、土砂崩れで地中に埋まったなど)であると考えたと理解しやすい。

そもそも埋蔵物は「遺失物、埋蔵物その他の占有を離れた物(遺失物法1条)」と規定されており、占有を離脱した物であることがその要素となっている(例えば、その物を何らかの理由で地中に埋めた被相続人の占有を相続する可能性がないことはないが稀であろう。仮にそのようなことがあったとしても、埋蔵物について占有の相続が認められないことについては後述する)が、さらに詳細に検討すると、

a) 土地の占有をもつて、直ちに埋蔵物の占有であるということとはできない(岡山地津山支判昭和40年1月19日判時400号8頁⁹²⁾)。したが

って、もともと被相続人には埋蔵された壺に対する占有がないことが通常であるため占有の相続はありえず、かつ相続人固有の占有もないので、相続人には占有は認められない(埋蔵物である地中にある個々の物には、自己のためにする意思も所持も認められない)⁹³⁾。

b) 当該壺が地中にあるためその存在を知らず、自分の所有物であることを了知していない。埋蔵物は土地に付着して独立性を失っているわけでもないので土地に附合したと言うことはできない⁹⁴⁾(民法242条)。また、蔵とは異なり、地中は一般に物が保管されている場所であるとは考えられないため、土地の所有者には埋蔵物に対する所有の意思は認められない。

以上から、埋蔵物は、

- ・真の所有者がその物の占有をせず、かつ、
- ・所有の意思もない

物であると認めることができると考えられる。

さらに、これらに加え公告により権利主張の機会を与えられたにもかかわらず、真の所有者が公告後6か月以内に埋蔵物を取り戻すための積極的な行為をしないことで明示的・確定的に埋蔵物を所有する意思がないことを示した、すなわち所有権を放棄したと解することができる(長期取得時効の存在理由の7.1.1.4)で継続的な権利不行使が権利放棄の意思を示したと考えるのと同様である)。このように、所有権を

失う側から埋蔵物制度の法的根拠を考えると、所有者が占有を失ったこと及び所有の意思が認められないことに求めることができる⁹⁵⁾⁹⁶⁾。この二要件は、6.6で述べた土地所有権放棄の要件を満たしている⁹⁷⁾ため、埋蔵物の規定は、財産について一種のみなし放棄制度を定めたものであると言うことが可能である⁹⁸⁾。

7.2.4 埋蔵物及び所有者不明土地の法的位置づけ

以上のような埋蔵物に関する考え方を前提に、埋蔵物と所有者不明土地の関係について検討を行うこととする。

まず、埋蔵物は動産、所有者不明土地は不動産という相違点はある(ただし、埋蔵物には不動産もありうる⁹⁹⁾とされている⁹⁹⁾(舟橋(1960), p.362)、反対:川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.390[瀬川信久執筆]、フランスの判例)。埋蔵物については、土地その他の物の中に埋もれており、外部からは容易に目撃できない状態に置かれていることが要件に加わっているが、これは動産特有の要件である。一方で不動産である所有者不明土地については、相続に伴い所有権が移転したが登記が行われず、不動産登記簿からは真の所有者が分からない状態にあるという不動産特有の要件がある。これは動産・不動産の違いに起因すると言うべきである(注107)の我妻博士の指摘にあるように、客体が動産である場合は占有、不動産である場合は登記が、その作用を分けているのである)。

しかしここでは、両者は所有権の対象たる「物」という同一の範疇にあることを

前提に、所有者不明土地と埋蔵物の共通の特徴に着目して検討を行いたい。これらは、

1)かつて何人かに所有され、現在でもその相続人の所有に属すると認められること¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾(我妻・有泉(1983), p.299)、

2)相続人の存在の有無が不明確であり、存在したとしてもその所在が不明で現にその所有権の何人に属しているかが判明しない物であること(川島編(1968)『注釈(7)』, p.280[五十嵐清執筆])¹⁰²⁾、

を共通の要件としており、所有者不明という観点から同様に議論することが適切であると考えられる¹⁰³⁾ことから、今回両者を比較検討するものである。

本来、「相続の開始により、相続人は、被相続人の財産を包括的に承継する(民法895条)。このことは、法律上当然に生じ、なんらの要式も、また遺産の占有をも要しない。被相続人の死亡という事実だけで遺産が承継されるのである。この場合、所有権のごとき観念的な権利の移転についてはなんらの疑問もない(高木(1981), p.155)」。それゆえ、相続物件を放置しておいても相続人は保護されるのが一般である¹⁰⁴⁾。しかし上述したように、埋蔵物の所有権については占有も所有の意思も欠如しているため、取得時効と同様に他者の行為により反射的に所有権が失われるという例外的な位置づけがなされている。

7.2.5 埋蔵物及び所有者不明土地—占有¹⁰⁵⁾の喪失¹⁰⁶⁾

ここでは、所有者不明土地が占有及び

所有の意思を欠いているという法的評価を受けるべきであることについて論じ、所有者不明土地も埋蔵物と同様に例外的な位置づけが可能であることを示したい¹⁰⁷⁾。

民法上の占有は、「自己のためにする意思（心素）」と「所持（体素）」とによって成立する（民法 180 条）とされている。また一方で、占有者が「占有の意思を放棄し、又は占有物の所持を失う」と占有権が失われると定められている（民法 203 条本文）。

7.2.5.1 所持

まず「所持」について見ると、「所持」とは、物が社会通念上その人の事実的支配に属すると認められる客観的關係に存することであるが、それは所有者の実力によってではなく、社会的秩序の力によってその人の支配の中に存すると認められることである。このように、「所持」は事実ではなく、法的評価である。判例では「所持の有無は、物に対する物理的支配の有無によって決定されるのではなく、『人対物の關係に対する社会的評価によって決定される』」、「いいかえれば『場所的關係、時間的關係、法律關係、支配意思の存在等を考慮し、社会通念によつて』決定される（大阪高判昭和 34 年 8 月 27 日下民 10 卷 8 号 1788 頁）（川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.14[稲本洋之助執筆]）」と解されている。

その判断に当たっては、所持の客体である物が動産であるか土地もしくは建物であるかによって事実的支配の成否の要件を異にする（我妻・有泉(1983),

p.465 参照）。動産であることがほとんどである埋蔵物について「所持」を認めるには、社会観念上「一般に物理的支配ないし把持（同, p.465）」が必要であるため、所在が不明である真の所有者に埋蔵物の所持が認められないのは言うまでもない（遺失物法 1 条参照）。

一方、土地の所持については「宅地、農地、山林、原野などによって事実的支配の態様が異なり（通行や物の集積、田畑の耕作、植林、明認方法の設置など）、多少観念的になる¹⁰⁸⁾。……多少継続的な支配關係（物の集積）、他人の立ち入りを排除する意思の表明など（バラ線で囲い、〇〇の所有地もしくは××の管理地などの標識を立てる）の有無が判断の資料となるであろう（同, pp.465-466）」とされる。また、相続土地についての「所持の存否は社会観念によって決せられ、相続人は相続開始と同時に所持を取得するとみるのが社会観念に適合する（田中(1975), p.130）」と一般的には解される（占有の相続については後述する）。

1) 相続人が了知していない所有者不明土地に関する「所持」

しかし、高木教授は「一般的に承認されているごとく、所持の存在には、他人の干渉を排除しうる状態、ないしは干渉するを得ない状態を要求し、なんらかの程度の物に対する力關係（Machtverhältnis）の存在を所持、ないし支配概念の不可欠要素と考えられる限り、空間的關係を全然無視し相続人に常に所持ありとすることは無理である（高木(1981), p.160、傍

点は引用者)」と、相続人の固有の占有を否定すべき場合があることを指摘されている。田中教授の上記見解は、被相続人の占有を観念的に継承することについての議論であると解すべきであり、その後に相続人が取得すべき固有の占有については高木教授の主張するように一定の現実的な支配が必要となると考えるのが妥当である¹⁰⁹⁾。民法 717 条の工作物責任の議論においても、「工作物の瑕疵の補修をなしうる可能性のまつたくない所有者(例えば、相続された財産につき何も知らない相続人……)にも責任を認めることは酷ではないか」という疑問もある(Protokolle 2884)(加藤一郎編(1965)『注釈民法(19)債権(10)』, 有斐閣, p.313(五十嵐清執筆)」という見解があるが、これも相続について不知である相続人には一定の現実的な支配、すなわち所持(そして占有)がないために瑕疵の補修をすることができないという事実から導き出される妥当な主張であると考えられる。

所有者不明土地は相続人の住所からかけ離れた場所にあるのが通常であり、社会通念上からみても、空間的關係からみても「所持」を認めることは困難である、すなわち所有者不明土地の現在の所有者には固有の占有を認めることはできないと解される。

以上より、相続(多くは複数回)が発生しているにもかかわらず、相続人自らが土地を相続し所有して

いること自体を認識していないような土地については、埋蔵物と同様に「所持」そのものが認められないと考えられ¹¹⁰⁾、所有者不明土地について、相続人の占有は認められないと解すべきである。

2) 相続人が了知している所有者不明土地に関する「所持」

他方で、相続が発生し自分が相続人であることを認識しているような者についても、長期間にわたる相続土地の放棄、すなわち「長期の等閑(田中(1975), p.6)」により、我妻博士が所持に必要とされる「多少継続的な支配関係(我妻・有泉(1983), p465)」や「他人の干渉を排斥しうる状態にあること(同)」が欠けていることは明らかであり¹¹¹⁾¹¹²⁾、「所持」を認めることはできないと考えられる。判例でも、不動産の占有(所持)については、相当程度の排他的、恒常的な所持が必要であるとしていることに留意すべきである。

例えば、水戸地判昭和 25 年 6 月 22 日下民集 1 卷 6 号 969 頁は、「家屋は B の遺族が立ち退いた後、住む者もなく、X が時には、これに薪や稲束を入れたこともあり、C が箒草を置いたこともあり、近所の者が空箱を置いたこともあったが継続して利用する者もなく、空家のまゝ放置せられたので、次第に朽廃し、遂に倒壊して道路の通行に支障を来すに至ったが、管理する者もないので近隣の者が協力してこれを取り

片付け、その後は空地となっていたので、Xはその一隅に薪を置いたり、収穫時期には地上に藁などを乾すこともあった事実が認められる。然しながら、Xは本件土地を以上認定する如き程度にしか使用していないし、……、Xが本件土地にこれ以上の事実上の支配をしていることを認めるに足るものがない以上、認定の如き事実関係では未だXが本件土地を占有していたものとは認め難い（石口修(2015)『民法講論 2 物権法』、信山社, p.407）」と判示しているが、石口教授は、「これは、土地の使用が一時的であり、排他性のない場合には、所持として認められないということを示したものである（同, pp.406-407）」とされている。このような裁判例を鑑みると、所有者による土地の使用がなく事実上の支配が認められない所有者不明土地は、その占有は認められないと解するのが妥当である。

また、所持を失うことの具体的な例として、占有物の不使用状態が長く続いた場合（長期の等閑）を判示するものとして、最判昭和30年11月18日裁判集民事20号443頁がある。これは、「Xは劇場であるY座からその一角を期間6か月の約定で賃借し、売店を営業していたが、賃貸借を3回約定した日あたりから賃料を全く支払わず、営業も行わずに売店を放置していた。Yは、営業を継続するのか、それとも、やめ

るのかどうかを再三再四督促したが、Xは、少し待ってくれと言いつつ放置したまま2年8か月が経過した。そこで、Yは、Xの店舗を片付けてしまった。Xは、YがXの占有を奪取したとして、占有回収の訴えを提起した。原審は、長年の放置により、Xの占有権は失われたとして、Xの請求を棄却した。Xから上告」したものであるが、最高裁は「Xが『占有の奪取』が行われたと主張する当時においては、Xは本件場所に対して事実上の支配を及ぼすべき客観的要件を喪失していたものと解するのが相当……である（同, p.475注(187)）」として、これを棄却した。この判決の考えによると、所有者不明土地は、たとえ一度は相続人が固有の占有を取得していたとしても、その後放置を続けることにより占有を喪失すると解することが可能である。

7.2.5.2 自己のためにする意思

そこで次に、占有の要素である「自己のためにする意思」、すなわち心素が認められるか否かについて検討を行うこととする¹¹³⁾。

心素は、かつてのドイツ普通法学時代の主観説¹¹⁴⁾、客観説の論争で、その必要性の有無について論じられたものである。我が国はフランス民法とともに心素を必要とする主観説を採用している¹¹⁵⁾が、ドイツ法、スイス法は、それを不要とする客観説を採用している¹¹⁶⁾。

ただし現在の我が国では、「自己のた

めにする意思」という文言については、一般的に緩やかに解すべきであるとされている(我妻・有泉(1983), p.467)。最近の学説の中には、我が国でもこの文言は無視すべきという主張もあり(川島(1949), p.167、「純客観説」と呼ばれる)、「全体として客観説への傾斜が顕著である(稲本洋之助(1983)『民法Ⅱ(物権)』, 青林書院新社, p.208)」。そのため、「所持」とは異なり、占有の解釈に当たって「自己のためにする意思」は、それほど重視する必要はないとも考えられる。

しかし一方で、民法 203 条本文において「占有権は、占有者が占有の意思を放棄し、又は占有物の所持を失うことによって消滅する」とあるように、我が民法は占有の意思と所持を並列に規定していることを看過することはできないと考えられる(同旨：我妻・有泉(1983), p.465、川島編(1968)『注釈(7)』, p.203[松本暉男執筆])。さらに、「自己のためにする意思を占有の成立要件とするのは、《人と物との関係をその人の利益とのかかわりにおいて法的に保護する以上、利益享受の意思が存在しなければならぬ》という論理的要請による(稲本(1983), p.210、傍点は引用者)」とされており¹¹⁷⁾、この要請を無視することは適切ではないと考えられる¹¹⁸⁾。

1) 相続人が了知していない所有者不明土地に関する「自己のためにする意思」

以上から、埋蔵物と所有者不明土地についての「利益享受の意思」につ

いて考えると、まず、埋蔵物の真の所有者はもちろん、そもそも自分が相続しているという認識のない土地所有者に「利益享受の意思」が欠けていることは明白である(注 9)参照)。

2) 相続人が了知している所有者不明土地に関する「自己のためにする意思」

一方、相続により土地を取得していることを認識していても、登録免許税や固定資産税を支払うと損をするという冷静な計算をして土地を放置している者や、ただ単に面倒だったり、相続人が多く八方ふさがりだったりして放置している者は、なるほど自らが土地を取得していることは認識しているが、「享受の継続的不作為(田中(1975), p.6)」により、その土地から利益を得ようという「利益享受の意思」、「所持により事実上なんらかの利益を受ける意思」¹¹⁹⁾は存在していないと解さざるを得ない¹²⁰⁾。

このように、埋蔵物や所有者不明土地(所有者が相続していることを知っている場合も知らない場合も)については、占有の二要件(心素、体素)を全く欠いていると解することができる。故に、埋蔵物の真の所有者と同様、所有者不明土地の現在の所有者についても占有を認めることはできない¹²¹⁾。

7.2.6 占有の相続

以上より、所有者不明土地についての相続人固有の占有は否定的に解すべきであるという結論を得た。しかし、我が国の

埋蔵物規定には、ドイツのように「永年埋没シタルニ因リ所有者ヲ知ルコト能ハザルニ至リタル物（独民 984 条）」という要件がない（フランスの判例も同旨（川島編(1968)『注釈(7)』, pp.279-280[五十嵐清執筆]）ため、被相続人が占有をしていた物が相続を介することにより埋蔵物になる可能性もありうる。このことは所有者不明土地についても同様である（可能性は小さいとは言え）。

そこで次に、相続人は固有の占有とは別に被相続人の占有を相続するのではないかという考えについて検討することとする。

7.2.6.1 占有の相続についての通説・判例と有力説

明文で占有権の相続を認めているドイツ民法(857 条)、フランス民法(724 条)、スイス民法 (560 条) と異なり、我が国民法には占有権の相続については何ら定められていない。しかし、民法起草委員である梅謙次郎（梅(1911,1984 復刻), p.45）、富井政章（富井(1915), p.666）穂積重遠¹²²⁾の三博士全員が占有権の相続を明確に肯定しており、現在の通説・判例も同様である¹²³⁾。

また「占有の相続……においては、物理的事実支配がないにもかかわらず占有が是認される（水辺芳郎(1984)「占有制度」, 星野英一編集代表『民法講座 2 物権(1)』, 有斐閣, p.294）」と一般には解されている。我妻博士も、「被相続人の事実的支配の中にあつた物は、原則として、当然に、相続人の支配の中に承継されると見るべき（我妻・有泉

(1983), p.484)」とし、「被相続人が死亡して相続が開始するときは、原則として、従前その占有に属した物は、当然に相続人の占有—共同相続の場合は共同占有—に移る（大判昭和 7 年 10 月 14 日裁判例(6)民 277 頁……）。相続人がその管理を開始する必要もなく、相続の開始、特定の相続財産の存在もしくは所在を知っていることも必要ではない（いったん占有を開始した者がその存在も所在も忘却しても占有を失わない¹²⁴⁾のと同じである）（同）」とされており、一般的に相続開始により占有が相続人に承継されると考えられている（通説・判例）。

しかし、被相続人と相続人が別居している場合、特に相続人が海外に居住しているときや所在不明の相続人、すなわち相続人が相続を知らず相続財産を相続開始後ずっと放置している場合にまで、相続人が被相続人の占有を承継したと言うことは擬制に過ぎ疑問であるという見解も有力である¹²⁵⁾（鈴木禄弥(1976)『物権法の研究』, 創文社, p.405、高木(1981), pp.160-161、石田喜久夫(1982)『口述物権法』, 成文堂, p.249、石田(穰)(2008), p.537)。しかしながら時効取得や占有訴権の議論で実益があるため、この有力説も占有の相続を否定するわけではなく、観念的占有¹²⁶⁾（鈴木）、相続占有（高木）等の用語を用いて占有の相続を認めている¹²⁷⁾。この説は、通説のように占有が当然相続されるのではなく、あくまで占有の継続を認めないことによる「不都合を回避するためにやむを得ず観念

的な占有承継を認めたと過ぎない（石口(2015), p.440）」というものである¹²⁸⁾。

通説は、「占有権は、物の現実的支配すなわち所持にもとづいて成立する権利であり、所持なくしては占有権はなりたない（鈴木(1976), p.404）」という原則にも拘わらず占有が継続していると見做すものである。それに対し、有力説は相続人による相続物件の「所持」を擬制であると批判し、占有の相続においては、例外的に相続人は所持がなくても相続財産の上に占有を取得するとするものである（両説の紹介と批判については、同, pp.404-407 参照）。

しかし通説・判例、有力説のいずれに従っても、被相続人の現実の占有は原則として相続人に観念的な占有（通説は所持を擬制、有力説は例外的に所持が不要な占有を認めるが、いずれも「観念的な占有」と言うべきである）として相続されるので、ここでは埋蔵物及び相続未登記土地についても原則として観念的な占有が相続人に承継されると解した上で話を進めたい。

7.2.6.2 観念的占有の承継と相続人の固有の占有

相続財産の占有については、相続人の有する占有の二面性、すなわち「被相続人から承継した（観念的な）占有」と「相続人の固有の占有」の関係が問題になる。いったんは相続により観念的な占有が相続人に承継されることはすでに述べたが、その後相続人自身が相続物件を現実的支配の下に置き、固有の占有を有することになるのが通常で

ある（図-2①）。判例はこの二つの占有を区別・分離して考えている¹²⁹⁾（近江幸治(2006)『民法講義Ⅱ 物権法〔第3版〕』, 成文堂, p.190）。

そこで、被相続人が有していた占有（観念的占有）と相続人の固有の占有は、どのような関係に立つのかが問題になるが、鈴木教授は、相続人の占有には二面性があるとし、相続人が固有の占有を取得した場合には、「相続人たる資格でもっていた観念的占有権は、通常の占有権のうちに吸収されて、合併されてしまう（鈴木(1976), p.409）」とされる。つまり、被相続人から承継した観念的占有は「過渡的な性格を持（石田(喜)(1982), p.250）」っており、最終的には相続人の固有の占有に引き継がれるべきものなのである。

水辺教授も述べておられるように、事実的支配に欠ける観念的な占有を認めることは、そもそも現実的支配の保護という占有制度の趣旨からみて論理的に自己矛盾していると言わざるを得ない（川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.280[水辺芳郎執筆]）。社会秩序の維持、社会の実態ないし市民意識から、相続において観念的占有の容認が主張されている（水辺(1984), p.294）のは上述したとおりであり、それ自体は必要なことであり妥当である¹³⁰⁾（ただし、これまでは、の話である）が、観念的な占有についてはあまり野放図に拡大することは避けるべきである。相続におけるこのような観念的占有は、社会観念上常識的な期間内（石田(穰)助教授は、民法 915 条 1 項を準用し、3 か月とす

る。注 127)参照)に相続人が固有の占有を始めることを当然の前提¹³¹⁾として占有の承継を容認していると考えべきである¹³²⁾。さもなければ、相続人は何もしなくても相続の一事をもって永久に観念的占有を認められる、つまり実際に所持することは不要となり、一般の占有に比べその保護が著しく過剰となるが、それが不当であることは言うまでもない¹³³⁾(同旨：石田(穰)(2008), p.538)。例えば、被相続人が他人の土地を自主占有していた場合、その占有を相続した相続人が一切固有の占有をしないままで時効取得を迎えてしまうことがありうるが、これが著しく不当であるのは言うまでもない¹³⁴⁾。観念的な占有は、ある程度の期間内に固有の占有に引き継がれる必要があり、通説の考えは、あくまで相続人が現実的な支配(所持)を遅滞なく獲得する(さらに相続登記を行う)ことが想定されている通常の相続についてのみ妥当すると言ふべきであり(図-2①)、このような場合にのみ、相続直後から認められた過渡的な観念的占有が固有の占有に移行すると解すべきである。

反対に、(多くは複数回の相続を経ており)現実の支配をしていない埋蔵物の相続人は、固有の占有はもちろん、観念的な占有も時の経過とともに失っており、現在は埋蔵物の占有を有していないと解すべきである¹³⁵⁾。同様に所有者不明土地を所有する相続人のうち、相続自体を了知していない者(図-2②)はもちろん観念的及び固有の占有ともに有せず、相続を知りつつ意図的に土地を放置している者(図-2③)についても、仮に一度は観念的な占有権を相続し固有の占有を取得したとしても、長期にわたり当該相続土地を放置したことにより、社会観念上すでに固有の占有を失っていると考えるのが妥当である¹³⁶⁾¹³⁷⁾。よって、所有者不明土地については、相続人は相続の事実についての知・不知にかかわらず、被相続人の占有をいったんは(観念的占有として)承継したとしても、その後自らの固有の占有を獲得しなかったため、結果的に占有を喪失したと考えるのが妥当である¹³⁸⁾。

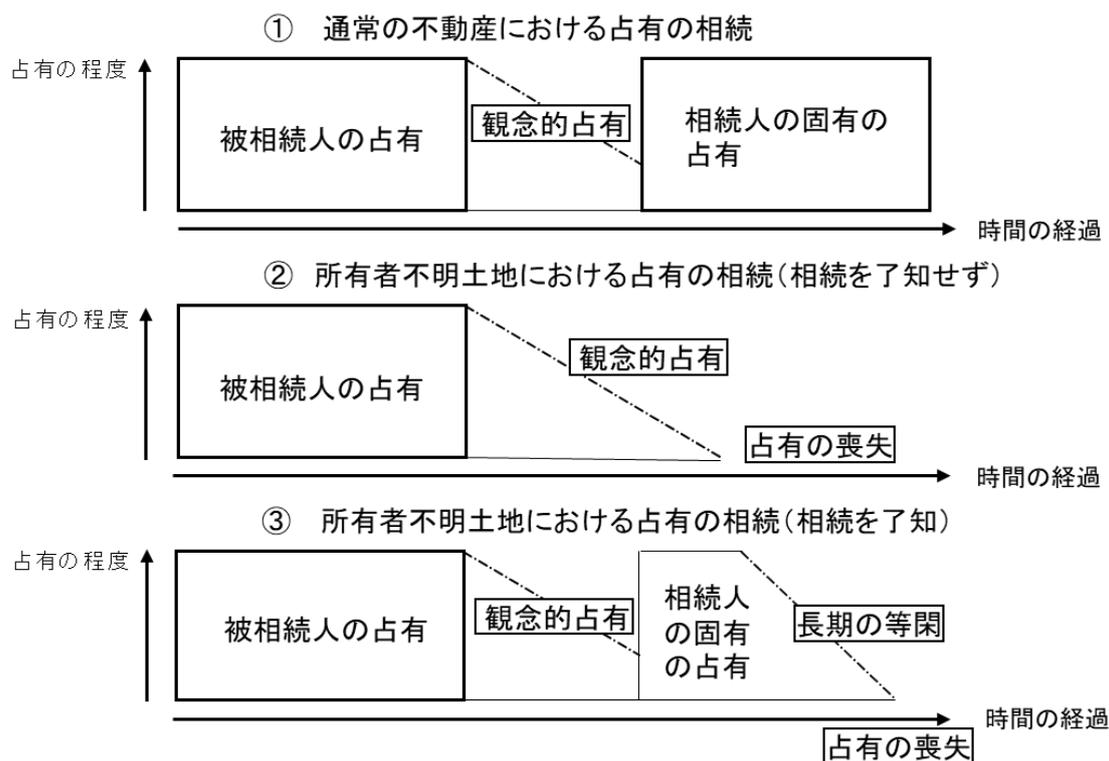


図-2 占有の相続

7.2.7 埋蔵物及び所有者不明土地—所有の意思¹³⁹⁾の不存在

上述したように、所有権という概念については、民法学者の間でも大いに議論があるところである。「法律家にとって『所有権とは何か』は常識であるといえるのか、極めて疑わし(鷹巢(2003), p.2)」いと述べる鷹巢教授は、「所有権の本質は特定の物を排他的に(独占的に)支配する意思であり、この排他的(独占的)支配意思が社会的承認を得ることによって第三者には不可侵義務が課せられると同時に、排他的(独占的)支配意思の持主には排他的(独占的)支配力が認められる(同, p.20、傍点は原文)」とする。この所有権の本質である排他的(独占的)に支配する意思¹⁴⁰⁾が、すなわち「所有の意思」であると

解することができる。所有権をはじめとする物権の放棄は、「放棄の意思が一般外部に表示されればよい(舟橋諄一・徳本鎮編(1997)『新版注釈(6)』, p.687[徳本鎮執筆])」とされているのも、所有の意思の有無が所有権の帰属を決定づける重要なメルクマールであることを示しているからであると考えられる。このような所有権にとって本質的である所有の意思(排他的支配意思)を欠いている所有者不明土地を公共・公益的利用に供するような場合、当該所有権は一定の制約を課されてもやむを得ないと考えられる¹⁴¹⁾。

また、鷹巢教授は「『物に対する排他的支配意思』を所有権の本質とする捉え方に対しては、……自己に権利が帰属していることを知らない場合は、権利を有し

ないことになるのか、という批判（鷹巢(2003),p.10、傍点は原文）」があるとし、それに対しては「『排他的支配意思』を人と物との関係において、心理的事実の問題として捉える(同,p11)」のではなく、「『排他的支配意思』は通常的生活を営む人間の間で形成された社会規範、さらにはこの社会規範を追認し、あるいは補足・強化したり変更するために制定された国家規範において認められた所有権から、論理的に導き出される規範的に定型化された意思であって、心理的事実としての意思ではない(同)」とされる。そして相続に関しては、「相続の事実を知らない者でも所有権を有するとされるのは、社会的に認められた手続を踏んだ権利放棄がなされていないために、規範的に定型化されている排他的支配意思を有するものとされるからに他ならない(同)」と反論されている。

ここで、鷹巢教授は「相続を知らない者でも規範的に定型化された排他的支配意思を有するので所有権を有している」とされる。しかしそれは、例えば相続人が離れて居住しており、相続開始直後たまたま相続の事実を知らなかっただけで、しばらくしたらその事実を知り、相続物件に対する所有の意思をその言葉や行動で表明する通常の相続人を念頭に置いた議論であると考えられる(図-2①)。相続人が所有権を認められるのは、所有権から論理的に導き出される、このような「規範的に定型化された排他的支配意思」が認められるからであろう。しかし、相続後数十年にわたり何ら公的な手続(登記移転)をとらず、他人の立ち入りを排除する

こともなく放置してある相続不動産については、鷹巢教授が判断基準とする「規範的に定型化された排他的支配意思」が認められる状況にあるとは考えがたい。

一方、埋蔵物についても、現在の相続人が相続の事実を知らない以上、所有者不明土地と同様に「規範的に定型化された排他的支配意思」の対象となっておらず、排他的(独占的)支配力を認めることができないうのは明らかである。このような占有の喪失と所有意思の欠如とが相まって、一定期間の公告後にその所有権が失われるという埋蔵物の規定が民法に定められたと考えられる¹⁴²⁾。

なお、(自主占有に関する)判例が示す所有の意思の判断基準は、「所有の意思は、占有者の内心の意思によつてではなく、占有取得の原因である権原又は占有に関する事情により外形的客観的に定められるべきものであるから」、「占有者が占有中、真の所有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかつたなど、外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかつたものと解される事情が証明される(最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁、いわゆる『お綱の譲り渡し』事件)(能見善久=加藤新太郎編(2013)『論点体系 判例民法<第2版> 2 物権』, 第一法規, p.147 参照[平野裕之執筆])」こととされており、具体的な事情としては、贈与を主張する者が「所有権移転登記を求めなかつた(大判昭和10年9月18日判決全集I輯22号4頁)¹⁴³⁾」場合などが挙げられている(同)¹⁴⁴⁾。このような

判例の考え¹⁴⁵⁾からも、相続人が所有権移転登記を行わず放置している所有者不明土地の場合（排他的な支配意思を示していない）は、当該相続人には所有の意思は認められないと解してよいと考えられる¹⁴⁶⁾し、物の存在を知らないため結果的に真の所有者であれば通常はとらない態度を示している埋蔵物（物の存在を知らず埋った状態のまま放置することが排他的な支配意思を示していないのは当然である）についても所有の意思を認める余地はないと解される。

7.2.8 公告により行為義務を課すこと

これに対し、吉田教授は、利用しないで放置することも所有権の権能に含まれるのが一般的であるから、単なる管理放棄では所有権放棄の黙示の意思表示とは解されない¹⁴⁷⁾と指摘している（吉田克己(2018b)「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」土地総合研究 26 卷 3 号(2018 年夏), p.30)。しかし、動産においてすら、放置自転車のように放置する権能を自由に行使することにより大きな社会的問題が生じることがある（放置自転車放置条例が自転車所有権のみなし放棄制度と考えるべきであることについては、徳本(1995),p.6 参照）。まして、周辺の環境に大きな影響を及ぼすおそれのある不動産については放置する権能をより抑制的に考える必要があると言ふべきである。

さらに、土地所有権放棄意思の認定のためには、「土地所有者に対して一定の行為義務を課し、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意

思を規範的に読み込んでいくという方向（吉田(2018b) ,p.30）」が示されているが、埋蔵物における公告手続は、この指摘を満たしている。公告により所有者に権利主張の機会を与えられており、それに応じない場合は確定的に埋蔵物放棄の意思表示をしたものと見做すことができると考えられ、同様に所有者不明土地の利活用手続についても公告手続を定めれば、これに対する不作為は確定的な所有権放棄意思の表明と見做すことが十分に可能である（7.1.1.4参照）。

また、所有者不明土地の適正な対価については供託をすることにより、憲法 29 条の規定に適合することになると考えられる。

8 外国の所有者不明土地の所有権移転対策

ここでは、外国の所有者不明土地対策として、フランス及び台湾の制度について見ていくことにする。

8.1 フランスの推定無主財産国家帰属規定¹⁴⁸⁾

フランスにおいて、はじめに所有者不明土地が問題になったのは、不耕作農地であった（稲本洋之助(1976)「農地所有と公的介入—フランスにおける 1960 年代以降の展開(2)」社会科学研究 28 卷 2 号, p.93)。所有者不明土地問題は、まず農地から始まったのである（前述したように、我が国の所有者不明土地対策も農地から始まっている）。

まず、「農業の方向づけの法律を補完する 1962 年 8 月 8 日の法律第 933 号」により、無主不動産について国家的介入措置が定め

られた。これは、所有者の現存が不明で、かつ、不動産税が滞納されている不動産について国による取得を認めたものである（国有財産法の改正という形で行われた）。手続としては、県知事が公示をし、6か月以内に所有者から申出がない場合に、フランス民法 539 条（2004 年に改正され、現在は 713 条）の無主不動産と推定し、国に所有権が移転するとした。その後真の所有者が現れた場合、当該不動産がすでに利用されたり、譲渡されたりしている場合には、金銭による賠償が行われた¹⁴⁹⁾。合意により賠償金額が定められないときは、公用収用を管轄する裁判官が金額を定めるとされていた。

不耕作農地に続き、都市整備の観点から、「都市の連帯と刷新に関する 2000 年 12 月 13 日の法律第 1208 号」が定められ、都市整備に必要とする場合には、市町村長が国の代表者に対して、無主不動産国庫帰属制度の発動を請求できると規定した。そして、国庫に帰属した不動産を市町村に譲渡することとした。

その後、不動産の活用主体が直接取得すべきであるという観点及び手続の簡略化の観点から改正が行われ、現在では、無主不動産は、一義的には市町村に帰属し、市町村が放棄した場合は市町村協力公施設法人、これも放棄した場合は沿岸域保全整備機構又は国への帰属が定められている。

8.2 台湾の所有者不明土地移転制度

みなし放棄制度を検討するに当たり、海外の所有者不明土地の利活用制度として参考になると思われるのが台湾の制度である¹⁵⁰⁾。

台湾では、相続があった場合、その開始の日から 6 ヶ月以内に相続登記の申請をしな

ければならない¹⁵¹⁾（土地法 73 条 2 項）。台湾の土地法においては、相続登記を 1 年以内に行わない場合は土地管理当局から 3 か月以内に登記を申請するよう通知が行われ、期間内に申請が行われなかったときは土地管理当局が当該相続土地を代理管理する（同法 73 条の 1・1 項）。15 年間の代理管理期間を過ぎてもなお登記申請がなされないときは、国に所有権が譲渡され、公募で処分される（同条 2 項）。また、売却代金は相続人の持分に応じて支払われるが、10 年間放置すると国庫に帰属する（同条 4 項）¹⁵²⁾（村瀬銀一・山田純嗣・中川國基・志田範雄・黒木三郎「不動産登記制度並びに専門職能制度の比較研究－韓国・台湾・日本－」THINK 会報 96 号 日本司法書士会連合会、pp.183-184 参照）。この台湾の制度も、本稿で述べたみなし放棄制度とほぼ同様の要件の下で相続土地の処分が行われることとなっている。

また、台湾では相続登記申請義務があり、しかも相続登記は無料であるため、所有者の放棄意思を認定するのが比較的容易であると考えられる¹⁵³⁾。

9 憲法上の課題

9.1 みなし放棄制度は積極的規制である

次に、憲法上の論点について述べてみたい。憲法 29 条 2 項において「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、これを定める」とされているが、公共の福祉の内容には、自由国家的公共の福祉（各人の権利の公平な保障を目的とする消極的規制）と社会国家的公共の福祉（各人の人間的な生存の確保を目的とする積極的規制）があると解

されている(芦部信喜・高橋和之補訂(2007)『憲法 第四版』, 岩波書店, p.220)。

経済的規制についてみれば、これらの公共の福祉はそれぞれ、経済的活動に伴う弊害の除去・緩和のためになされる法的規制(消極的・警察的規制)と、福祉国家的理想の実現のため、経済的劣位者を保護する積極的な社会経済政策を実施するための法的規制(積極的・政策的規制)に類別される。それぞれに対する審査基準は厳密度が異なっており、二段の基準と呼ばれており¹⁵⁴⁾、前者に対する審査基準は、厳密な合理性の基準または中間審査の基準、後者に対するそれはもっとも緩やかな基準である単なる合理性の基準であるとされている(戸松秀典(2000)『憲法訴訟』, 有斐閣, pp.291-292)。

本稿の所有者不明土地のみなし放棄制度は、前例を参考に、

- 1) 所有者不明土地が原因で災害復旧・復興事業や公共事業等の適時・適切な施行に支障が生じているという立法事実に対処するため、
- 2) それらの土地を社会国家的・福祉国家的公共の福祉に資する公共・公益的な事業等の用に供するために土地所有権を移転する

という手法を検討している。この制度は、消極的規制の要素もある(所有者不明土地の放置に伴う弊害の除去・緩和のための規制とも評価しうる)がそれはあくまで付随的なものにすぎず(所有者不明土地一般を対象にするのではなく、公共・公益的な事業等の用に供する土地のみを対象としている¹⁵⁵⁾、基本的には積極的な経済的規制であると解される¹⁵⁶⁾。この場合の規制の合憲性判断基準は「明白の原則(芦部・高橋(2007),

p212)」または「合理性の基準(戸松(2000), p.291 以下、松井茂記(2002)『日本国憲法第2版』, 有斐閣, p.111)」¹⁵⁷⁾とされ、当該規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り違憲(芦部・高橋(2007), p.212)と判断される。

ここで検討しているみなし放棄制度は、災害復旧・復興事業や公共事業等の施行を阻害している所有者不明土地を公共・公益的な事業の用に供する場合(または裁判所が認めた場合)にのみ、正当な補償と引換えに国、地方公共団体、民間事業者等に所有権の移転を認めるものである。

- a) 所有者が放置して顧みない土地を公共・公益的な事業の用に限定して活用することにより、公共の福祉の増進を図っていること、
- b) 土地収用法及び利用円滑化法と同等の手續に則り適正な対価を支払うことにより憲法 29 条 3 項の「正当な補償」を満たしていること

を充足することにより、制度の必要性、合理性を認めることができると考えられる(他方、無償で所有権を移転するとすれば、この制度がいかにか公共の福祉の増進に資するとしても違憲の可能性は否定できないと考えられる¹⁵⁸⁾¹⁵⁹⁾。

9.2 みなし放棄制度・利用円滑化法・土地収用法の関係

本制度は、利用円滑化法同様、土地収用法の特例措置であると位置づけることができる。土地収用法は、適正な手續と正当な補償を確保することで初めて正当化される(吉田克己(2018c)「所有者不明土地問題と土地所有権論」法律時報 90 卷 9 号, p.71)が、みなし放棄制度は、正当な理由や適正な手續

もなく所有権を取り上げるのではなく、土地所有者が放置している土地を「公的な利用に供するために所有権を移転」し、その代わり「正当な対価を支払う」という点で、土地収用制度と同様の考えに基づく制度である。利用円滑化法¹⁶⁰⁾が、土地収用法に比べ手続を簡易化しているのは、所有者自身が登記を懈怠したのが原因で土地所有者が不明であるが故に法目的の達成に過大な行政コストがかかることを防ぐためであり¹⁶¹⁾、合理性が認められる。そして、このことはみなし放棄制度にも当てはまる。

9.3 農地法

前述した農地法も同様の考えに基づく。農地改革による農業の近代化、民主化の推進に加え、戦後の復興期においては国民の食を満たすために農業生産力を向上させることは最優先の政策課題であり、そのためには農地を耕作する者自らに所有させることにより農地の効率的な利用を図ることが必要であると考えられていた(自作農主義)。農地法は、制定当初の旧1条に掲げられたように「農地はその耕作者みずからが所有することを最も適当であると認めるとともに土地の農業上の効率的な利用を図る」という基本的立場に立って、土地利用の合理化に資することがない場合には、所有者と耕作者の不一致を極力否定し、両当事者の利用関係を調整するように配慮すれば足りるとの立場に立って、このような内容の農地所有権を、憲法29条2項に規定する公共の福祉に適合するように法定した財産権であるとしているのである(和田正明(1970)『最新 農地法詳解』,学陽書房, pp.118-119)。

小作地、未墾地等の所有者の多くは不在

地主であるが、通常占有や所有の意思を有していたと考えられる。しかし、このような国全体に関わる大きな政策目標を達成するために、小作地、未墾地等の所有者の所有権を制限することが認められていたのである。現在の所有者不明土地問題もまた国の将来の在り方に関わりのあるきわめて大きな政策課題であり、本稿で提案するみなし放棄制度も農地法同様合理的な制限であると考えられる。

9.4 所有権に対する制約

そもそも「現代の法律思想の下では、所有権は、もはや絶対不可侵の権利ではありえず、社会公共の利益のためには譲歩を強いられる、ということは、所有権者の恣意によって公共の利益を阻害することはできないということである(我妻・有泉(1983),p.277)」¹⁶²⁾。所有者不明土地が災害復旧・復興事業や公共事業等の障害となっていることは周知の事実であり、所有者による土地の放置行為が公共の利益を阻害していることは誰の目にも明らかであり、本稿で述べたような対策をとることは積極的公共の福祉に合致している。

資本主義経済においては、「所有権の客体としての物はその利用の側面ではなくて価値の側面においてとらえられ(田中(1975), p.118)」¹⁶³⁾るべきものであり、「交換価値の支配は権利の客体に対する包括的支配(円満性)を結果(同)」¹⁶³⁾するが、この制度においては土地所有者に帰属すべき交換価値は、正当な補償という形で保障されており、所有権は十分に保護されている(農地法の一連の規制や遺失物法9条4項及び20条5項も同様)。

土地収用制度との最大の違いは、土地所

有権者が正当な補償を得るためには、自らが当該土地の所有者であることを証明しなければならないということであるが、これは所有権取得後も登記を行わず放置していた所有者側に挙証責任があると考えるのが妥当である。

ワイマール憲法 153 条 1 項の「所有権は義務を伴う」という規定を持ち出すまでもなく、すでにフランス大革命の時代に、人権宣言 4 条において「自由とは、他人を害さないすべてのことをなしうることにある(樋口陽一・吉田義明編(1994)『解説世界憲法集 第 3 版』,三省堂)」と定義づけられている¹⁶⁴⁾。同じく人権宣言 17 条で、「所有は、神聖かつ不可侵の権利である」とされているにもかかわらず、それにつづき「何人も、適法に確認された公の必要が明白にそれを要求する場合で、かつ、正当かつ事前の補償のもとでなければ、それを奪われない」とされているのは、(その書きぶりに反し) 4 条で予定される自由の制約の一例である¹⁶⁵⁾¹⁶⁶⁾ (「自由とは、他人を害さないすべてのことをなしうることにある」が、その限界は、法律によらなければ決定することはできない)。所有者不明土地は、災害の復旧・復興や公共事業の大きな障害となり、周辺環境や治安の悪化要因となるが、このような弊害はすでに社会的に容認できるレベルを超えている¹⁶⁷⁾。土地所有者の無知、懈怠や身勝手により生じた所有者不明土地が社会全体の福利の向上を阻害したり、地域住民の権利を侵害しているが、このような行為を「人権」や「自由」の名の下に、法的に保護する理由は何ら存在しないのである¹⁶⁸⁾。

9.5 所有権を無償で移転することの合憲

性

本稿で検討しているみなし放棄制度は、以上のように合理的な経済的規制であると考えられるが、憲法 29 条 3 項は「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」とし、私有財産を活用するに当たっては「正当な補償」と「公共性」を求めている。以下、この二点について検討を行い、みなし放棄制度の適用範囲についての考えを述べたいと思う。

では、本稿で検討している所有者不明土地のみなし放棄制度において、埋蔵物同様に一定の公告を経ることにより、公共事業等の施行者に無償で土地所有権を移転することが実際に可能であろうか(すなわち、合理的な規制とすることができるか)。

前述したように、農地法における所有者不明農地等の買収は有償であり、対価を供託する必要がある。

9.5.1 休眠預金活用法の合憲性

近年の法制度として参考となる休眠預金活用法においては、10 年以上、入出金等の異動のない預金等(休眠預金等)は預金保険機構に移管されるが、預金者等であった者は、預金保険機構(委託を受けた金融機関)に対し、申出に基づき休眠預金等代替金(元本+利子相当額)の支払を請求することができる(休眠預金活用法 7 条 2 項)。

本来、休眠預金等の大宗を占めると考えられる普通預金や当座預金は 10 年の消滅時効により権利が消滅していると解することができる¹⁶⁹⁾ (民法 167 条 1 項)。民法の定めによれば、金融機関はこれらの預金については預金者等の請求を拒絶することができるはずであるが、実際はそのような運用にはなっておらず、預金者等はいつでも

返還を請求することができる。

この制度は、所在が不明な預金者等を公告により探索しても発見できない場合に預金保険機構に預金等に移管することになっている。この手続は埋蔵物規定の手続と類似しており、みなし放棄制度を採用したと解することができる。しかし、消滅時効が完成していることに加え、埋蔵物規定と類似した手続を経たうえで預金等に移管しているにもかかわらず、埋蔵物のように無償での移管ではなく、預金者等が請求すれば返還するという制度を採用しているのがこの制度の顕著な特徴であり、これにより憲法 29 条の財産権の保障規定に抵触しないよう配慮されている。

9.5.2 みなし放棄制度の合憲性

農地法の所有者不明農地等の買収についての一連の制度に加え、近時の立法である休眠預金活用法は、所有者不明土地のみなし放棄制度の検討に当たり参考にするべきである。みなし放棄制度においても、これらの制度同様、所有者不明土地について所定の公告を行ったにも拘わらず所有者が見つからない場合は公共の用に供するために土地所有権を移転したうえで、その対価は供託すべきである。

本来生活や生産活動の基盤となり、現代社会で今なお大きな価値があると考えられている土地所有権（この制度で対象とされている土地は公共事業等に活用することが可能な価値のある土地であり、必ずしも無価値な負動産ではない）について無償で所有権を移転することは合理的ではなく、憲法 29 条 1 項、3 項の規定に抵触するおそれ大きいと言うべきであろう¹⁷⁰⁾¹⁷¹⁾¹⁷²⁾。

9.2 みなし放棄制度の公共性

上述したように、憲法 29 条 3 項は、私有財産の活用に当たり「公共性」を求めている。そのため私有財産を活用するみなし放棄制度についても一定の公共性を確保することが必要であると考えられる。

まず、そもそも無主の不動産は国庫に帰属する（民 239 条 2 項）とされているため、みなし放棄によって無主と判断された所有者不明土地についても本来は国庫に帰属するのが原則であると考えられ、一般的に私人が自由に取得し活用することは適切ではない。

一方、既存のみなし放棄制度である所有者不明農地等の買収は、農地法制定当初から、「耕作者の農地の取得を促進し、……、土地の農業上の効率的な利用を図るためその利用関係を調整し、もつて耕作者の地位の安定と農業生産力の増進を図る（昭和 27 年制定された当時の農地法 1 条）」という公共的な目的を達成するために、所有制限を超える小作地（同法 6 条以下）や未墾地等（同法 44 条以下）を国が買収し、耕作者に有償で売り払うという制度である。最終的には私人である耕作者に所有権が移転するにも拘わらず、これは私有財産を「公共のために」用いていると解されている（最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1523 頁）。よって、一定の公共性・公益性が認められるのであれば、私人が所有者不明土地を取得して活用することも可能であると考えられる。

利用円滑化法も「所有者不明土地の利用に際しては、不明者の権利を制約する可能性があることを踏まえると、一定の公益性を有する事業である必要がある一方、公益性が認められる公共的な事業は必ずしも土

地収用法第3条各号に掲げるものに関する事業……に限られるわけではなく、国及び地方公共団体以外の者が行う公園や広場の整備など地域住民等の福祉又は利便の増進を図るために行われる様々な事業が存在するところである（「所有者不明土地の利用の円滑化及び土地の所有者の効果的な探索に関する基本的な方針(平成30年11月15日法務省・国土交通省告示第2号)」とし、公共的な事業のため民間事業者等に対しても一定期間の使用権を設定する地域福利増進事業を創設しているところである。

みなし放棄制度については、当面収用適格事業及び円滑化法の地域福利増進事業に必要な用地を取得するために活用することが考えられるが、憲法29条3項で規定する「公共のために」であるか否かについては「立法府の裁量を広く認めるべきであり、裁判所はこの点には干渉しない方が妥当であろう（松井(2002), p.564)」とされており、その適用範囲については今後必要に応じ拡大していくべきであると考えられる。

3) 以上のように、本稿で論じている所有者不明土地のみなし放棄制度については、

1) 所有者が放置して顧みない土地を、円滑化法や農地法と同等の手續に則り、かつ適正な対価（憲法29条3項の「正当な補償」）を支払うことにより取得すること、

2) 取得した土地を公共的な事業の用に供すること、

これらの要件を充たすことにより、憲法上の課題は克服できると考えられる。

10 所有権みなし放棄制度の提言

民法の埋蔵物規定、農地法、休眠預金活用

法のいずれもが、所有者不明の財産について所有者を探索するために公告を行い、所有者に対し財産取戻しの最後のチャンスを与えていた。後二法はさらに財産の対価について供託を行い、財産権の保障を図っていたが、これはこの二法が、一定の行政目的を達成するため農地や預金を「公共のために用ひる（憲法29条3項）」からである。無償での取得は土地所有者等に特別の犠牲を課することになると考えられ、対価の補償が必要となる。

10.1 所有者不明土地みなし放棄制度

これまでの議論や我が国憲法上の課題も踏まえた上で、今後以下のような制度を提案したい¹⁷⁾。なおその際、所有者不明土地活用を図る既存の制度である円滑化法との整合性を図ること、参考とした農地法の買取規定が収用の一種である(6.1.2参照)ことを考慮し、土地収用法の特例である利用円滑化法の手續を可能な範囲で準用することとする。

1) 具体的な所有者不明土地の定義は、不動産登記簿に記載されている土地の所有者の生存や居所が不明であり、「相当な努力が払われたと認められる方法により探索を行ってもなおその所有者の全部又は一部を確知することができない一筆の土地（利用円滑化法2条1項）」とするが、その解釈に当たっては、これまで公共用地の取得の際に行ってきた徹底した所有者調査までは必要としないこととし、従来の不明裁決の際必要とされた人的・時間的・金銭的に負担の大きい調査を排除すべきである。そうしないと、いくら新しい制度を設けても、これまでのように人手と時間ばかりかかり、制度の趣旨が失

われてしまうことになる¹⁷⁴⁾。

2) みなし放棄制度が適用される事業には収用適格事業（土地収用法 3 条）以外に利用円滑化法の地域福利増進事業が含まれ、その事業者には、国、地方公共団体等の公的主体以外に、地域福利増進事業の事業主体となる民間事業者、NPO、地域コミュニティ等の幅広い主体を含めることが望ましい。

その適用範囲については、実効性のある制度とするためにさらに拡大が必要である。ただし、所有者不明土地であるからといって無限定に利活用できるとすると、上述したように、必要性、相当性の観点から、所有権の保障を掲げる憲法に違反するおそれがある¹⁷⁵⁾。本制度の対象となるのは、所有者不明土地の中でもその利活用が一定の公共・公益事業等に資する土地でなければならない。それを担保するために、例えば、

- a) 個別に裁判所の決定等によりその公共性を担保する場合¹⁷⁶⁾、
- b) 一定の区域を事前に指定し、その区域内の所有者不明土地を対象とする場合、
- c) 公共事業、災害復旧・復興事業、公益事業及び公益に資する一定の民間開発事業に利活用する場合¹⁷⁷⁾

等をみなし放棄制度の対象とすることが考えられる。

3) 事業者は、都道府県知事に対し裁定を申請することができる（利用円滑化法 10 条以下を準用）。

4) 都道府県知事は所有者不明土地について公告を行い（同法 11 条 4 項を準用）、真の所有者が名乗りを上げ、移転

登記することを促す（公告に関しては、土地の所在する市町村及び最後の所有者の登記簿上の居住地で行うのが適切である。また、休眠預金活用法のように HP の活用も検討すべきであろう。それでもなお名乗りを上げなかった真の所有者は、不動産登記を怠った不利益を受忍すべきである。吉田教授は、単なる管理放棄では所有権放棄意思の認定は不可能であり、土地所有権放棄意思の認定を可能にするには、「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意思を規範的に読み込んでいく（吉田(2018b), p30) が必要であるとされているが、公告に対する不作為はこれに該当すると考えられる）。公告期間内（休眠預金活用法 4 条 1 項では 2 か月であるが、手続保障の観点から、遺失物法 7 条 4 項の遺失物の場合に合わせ 3 か月が妥当であろう。ただし、災害復旧・復興事業のように緊急を要する場合は短縮も可能とすべきである）に、所有者が申し出なかった土地については、公共事業等の事業者にも所有権の取得を認める¹⁷⁸⁾。

5) 土地取得の対価に相当する補償金については都道府県知事が裁定し、所有者不明土地所有者等で確知できない者（所有者不明土地の共有持分の割合が明らかでない場合は、当該土地の確知所有者等も含む）のために供託する（利用円滑化法 17 条を準用）¹⁷⁹⁾。

6) 供託金の取戻請求権の消滅時効は、民法の一般原則に則り 10 年である（民

法 167 条 1 項、最大判昭和 45 年 7 月 15 日民集 24 卷 7 号 771 頁) が、除斥期間を 20 年とする考えもあり得る(法務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会第 14 回研究会資料 14-2「変則型登記の解消に向けた新たな制度の概要案についての検討」, p.9)。

- 7) 自らがその土地の真の所有者であると主張する者が、当該土地の対価を得ようとして供託金取戻請求権を行使するときは、最後の登記名義人からの相続等による権利の移転経緯(権原連鎖)について立証しなければならない(180)181)182) (立証責任の転換)。

10.2 所有者不明動産みなし放棄制度の検討

所有者が不明で問題が発生することは土地に限らずあらゆる財産について起こりうることである。現在のようにモノがあふれている時代には、(古典的な)自転車放置問題や賃貸住宅の残務財産問題を始めとして動産についても放置され所有者が不明で問題化している事例が多く見受けられ、今後このような問題はさらに増加すると考えられる¹⁸³⁾。

しかし、同様の所有者不明財産に関する個別的問題が生じるたびに新しい仕組みを設けて対応するのは効率的ではない。

ここまで見てきたように、所有者不明財産における最低限必要な要件は「所有者が不明であること」及び「所有者が財産の占有を喪失すること」である。よって、同様に所有者が占有を失うことにより生じる所有者不明財産の処理についても所有者不明土地の処理に関する考え方を適用することが適切である。ここでは上述した所有者不明土

地のみなし放棄制度の考え方を所有者不明財産について適用することとし、例示として賃貸住宅の残置物及びマンションのキーボックス問題について検討を行うが、現行制度を活用するという観点からは、遺失物法を準用することが考えられる。

例えば、次項の「賃貸住宅の残置物」であれば、同法 2 条 1 項の「準遺失物」のうち「他人の置き去った物」に該当すると解することが可能である。ただし、公告後の期間は後述するように短縮する必要があること、保管場所については警察署ではなく当該賃貸住宅内又はマンション管理室(キーボックスの場合)でよいと考えられること、当該所有者不明動産を賃貸住宅の貸主又はマンション管理組合が取得するのではなく処分することが想定されている(いったん取得した後廃棄することも考えられるが迂遠である)こと等から、そのまま遺失物法を適用するのではなく、その規定を準用することになると考えられる。それ以外の所有者不明動産に関しても、遺失物法の規定を準用した上で、

- 1)公告後一定の期間である 3 か月(同法 7 条 4 項)を必要に応じ短縮(例えば、キーボックスについては 1 週間)
- 2)保管場所は警察署、ただし、より適切な場所があれば、その場所¹⁸⁴⁾
- 3)公告の場所、方法についても、その所有者不明動産にふさわしい場所、方法(例えば、休眠預金活用法のようにインターネットの利用(注 58)参照))

については、適宜適切なスキームで行えばよいと考えられる。

10.2.1 賃貸住宅の残置物

我が国は世界で最も高齢化が進んだ国

であり、そのため高齢者に対する賃貸住宅供給の必要性が高いのは言うまでもないことである。しかしながら、従来から高齢者に対する賃貸住宅の供給が少ないという問題があった。全宅連の調査でも、

- ・ 高齢者への斡旋を積極的に行っている業者 13.7%

であるのに対し、

- ・ 斡旋を行っていない業者 19.6%

に達する。

その理由としては、「大家の理解が得られない」が19.9%で最も多い¹⁸⁵⁾ ((公社)全国宅地建物取引業協会連合会(2024)「高齢者等住宅確保要配慮者の居住支援のあり方に関する研究報告書」, p.5)。

その原因として考えられるのは、以下の四点である。

- 1) 家賃滞納のリスク
- 2) 連帯保証人が立てられないリスク
- 3) 孤独死等の健康面のリスク
- 4) 残置物のリスク

1)については、賃料を支払わない状態が続き、「信頼関係が破壊」されたと裁判所が認めると退去させることが法的には可能であるが、執行官が強制執行を嫌がるという指摘もあり、賃貸人にとっては困難な問題である。

2)については 1)の家賃滞納リスクと大きく関連している。高齢になり身寄りが無い、家族との折り合いが悪い等の理由で連帯保証人を立てられず、賃料支払いに懸念があると賃貸人が感じることもある。しかし、賃貸人「の約6割が高齢者の入居に拒否感があり、リスク回避のため「単身の高齢者(60歳以上)は不可」、「高齢者のみの世帯は不可」などの入居制限

を設けているという日本賃貸住宅管理協会の調査データがあり」、その「主な理由は『家賃の支払いに対する不安』」である。この点については、家賃保証会社を活用することである程度はカバーすることが可能である¹⁸⁶⁾。しかし、「20代、30代、40代は『審査落ちが多い』が0%だったのが、50代では1.9%、60代になると7.5%に増加し、70代では9.4%を占めているように「60代になると家賃債務保証会社の入居審査に落ちやすくなるという結果」が出ている(国土交通省「家賃債務保証の現状」pp.2-3、(公財)日本賃貸住宅管理協会(2014)「家賃債務保証会社の実態調査報告書」から作成、<https://www.mlit.go.jp/common/001153371.pdf>)。

3)の健康面のリスクについては、認知症発症や孤独死の問題がある。認知症や孤独死の可能性があるような高齢者については、公的な機関による見守り等の保護が必要である。

10.2.1.1 残置物処理の問題点

3)の孤独死等が原因で賃借人の残置物につき相続が発生する。しかし、高齢者が単身で入居している場合は相続人が不明であることが多い一方で、賃貸人が残置物を勝手に処分することはできない。その結果、残置物を処分するために賃貸人は弁護士に依頼し相続人の調査を行う必要があるが、費用と時間が掛かってしまい、賃貸人にとっては大きなリスクとなる。

相続人調査の結果、相続人が存在しなかった場合や、相続人は存在しているが、賃借人との縁が薄いとき、相続財

産がマイナスであるため相続人が相続を放棄したようなときには相続人不存在として取り扱うことになる。賃貸人は家庭裁判所に相続財産管理人選任の申立てを行い（民 952 条 1 項）、相続財産管理人として専任された者（弁護士等）と交渉し、賃貸借契約の合意解除や、賃料不払い等があれば損害を請求することになるが、「近年、家族関係が疎遠である入居者が増加していることもあり、相続人に連絡が取れないケースが増加しており、契約の終了までに時間がかかり、次の募集がなかなかできない（（公財）日本賃貸住宅管理協会（2019）「住宅確保要配慮者等の居住支援に関する調査研究報告書」,p.16）」ことは賃貸人にとって大きな負担となっている。

また、ある調査によると「孤独死が発生した場合の平均損害額は、100 万円を超える高額となり、家主の負担は大きい」とされている（日本少額短期保険協会 孤独死対策委員会（2024）「第 9 回孤独死現状レポート」, p.14

https://www.shougakutanki.jp/general/info/kodokushi/news/kodokusiReport_9th.pdf)。

これらの費用は残置物処理費用、原状回復費用等からなっており、このうち残置物処理費用は 237,218 円となっている。これは、東京都の平均賃料 56,100 円の 4.2 か月分、大阪府の平均賃料 41,043 円の 5.8 か月分に該当し、賃貸人の負担はきわめて大きいものである¹⁸⁷⁾。

よって、これらの問題を解決する方策を検討することは高齢者向けの賃貸

住宅の供給に資することとなる。

10.2.1.2 残置物所有権みなし放棄の手續

上述したように、所有権のみなし放棄に関する要件としては、

- 1) 占有権の喪失
- 2) 公示と一定期間の経過
- 3) 対価の支払い

が必要であると考えられる。

1)の占有権の喪失については、相続財産の占有権の承継の問題であり、賃借人の保証人や連絡先への通知や公示をしたにもかかわらず、一定期間経過後も名乗り出ない相続人の占有は喪失したものと見做すことが可能である。

3)の対価支払いについては、価値のある残置物については売却しその対価を供託する必要があるが、賃貸住宅の残置物の価値は低いことが多く、現実的には原状回復費用と相殺すれば対価の支払いに至らないことが多いと考えられる。

よって、賃貸住宅の残置物については、一定期間（賃貸人の利益を考慮すれば最長で 1 か月程度で十分であろう）経過後も相続人が名乗り出ない場合は所有権を放棄したものとみなし、賃貸人が処分できるようにすべきであろう。遺失物法を準用して、このような制度を設けることにより、賃貸人が単身高齢者に賃貸住宅を供給する際の負担が小さくなり、その供給促進に資すると考えられる。これは今後さらに増加する高齢者の住宅不安を解消することにつながると考えられる。

10.2.2 マンション周辺におけるキーボッ

クスの無断設置

最近、マンション敷地内やその周辺にキーボックスが管理者に無断で設置され治安上大きな問題となっている。

キーボックスは非対面で鍵の共有ができるため、賃貸物件の内覧客用、民泊、レンタルスペース、会社、店舗事務所等の出入り目的などで利用されている。

しかし、

- ・マンションのエントランスがオートロックの場合、敷地外に設置されることが多い
- ・暗証番号が4桁しかないことが多く鍵を盗まれる危険性が高い

- ・利用者が鍵を返還しなかったり、合鍵を作ることがある
- 等により、例えば、
- ・他人のクレジットカード情報を不正に用いて購入した商品をキーボックスで管理している空室に配送させる
 - ・合鍵を悪用してマンション内に侵入し、窃盗や強盗等犯罪行為を行う
- 等犯罪に繋がる危険性が高い。



図-3 キーボックスへの警告書（筆者撮影、なお、このキーボックスは2025（令和7）年2月5日に至っても撤去されていない(平成6年は令和6年の誤りである)。また、最近キーボックスがもう一つ増えている）。

そのため、設置されている場所のそれぞれの管理者（マンション、地方公共団体等）がこのようなキーボックスを撤去できるようにすべきである。

しかし、我が国においては所有権が必要以上に保護されており、このような犯罪を誘発する危険性のあるキーボックスを撤去することもキーボックス設置者の所有権の侵害とみなされるおそれがある¹⁸⁸⁾（その一方で、キーボックスを設置された土地の所有権が侵害されていることについてはあまり考慮されていない）。それゆえ図-3で示したように、区と警察署は警告書を貼るだけで、その後撤去することができていない。

近年の我が国における闇バイトの横行¹⁸⁹⁾等の治安悪化を考慮すると、このような犯罪の手助けとなる恐れのあるモノを管理者が躊躇なく撤去できるよう、所有権みなし放棄制度を適用できるよう制度を整えるべきである。

よって、このようなキーボックスの処分についても所有権みなし放棄制度を適用して、管理者が合法的に処分できるよう遺失物法等に明文化すべきである。

すなわち、

- 1) 他人が所有している土地に承認なくキーボックスを設置していること(占有の放棄)
- 2) 告知（撤去の要請）
- 3) 一定期間の経過(1~2週間で充分であろう。放棄意思の確認)

により、キーボックス設置者は当該キ

ーボックスの所有権を放棄したものと見做し、管理者が当該キーボックスを撤去することができるようにすべきである。

10.3 まとめ

所有者不明の動産については、上記の他にも、

- ・他人の土地に違法駐車している自動車（多くは短期間の駐車であろうが、なかには長期にわたり駐車されたり、放棄されているものもある）、
- ・他人の土地・建物に勝手に設置された看板等¹⁹⁰⁾（最近の衆議院議員選挙でも問題になった）
- ・太陽光発電設備（すでに検討が始まっていることについては前述した）
- ・ゴミ屋敷のゴミ¹⁹¹⁾

等の問題がすでに生じている¹⁹²⁾（これらの無価値なモノについては撤去費用を徴収することが必要である）。

現実には、所有権の保護、自力救済の禁止等により、被害者は放置されている可能性が高く、結果的に国民の法律に対する信頼性を損ねる結果になっている¹⁹³⁾。

モノに憑依されている者から一般の市民を守り、法律に対する信頼性を高めるためにも、「所有者不明財産のみなし放棄制度」の検討が必要である。

なお、本稿のうち意見に係る部分は筆者個人の見解であり、筆者の所属する組織としての見解を示すものではない。

引用した web についての最終確認日は全て 2025（令和 7）年 1 月 31 日である。

【参考文献】

- ・ 芦部信喜・高橋和之補訂(2007)『憲法 第四版』, 岩波書店
- ・ 安藤光義(2018)「農地集積を阻害する不在地主と相続未登記」, 東京財団政策研究所
- ・ 幾代通・広中俊雄編(1989)『新版注釈民法(16)債権(7)』, 有斐閣
- ・ 石井良助(1952)『日本不動産占有論』, 創文社
- ・ 石井良助(1979)『民法典の編纂』, 創文社
- ・ 石口修(2015)『民法講論 2 物権法』, 信山社
- ・ 石田喜久夫(1982)『口述物権法』, 成文堂
- ・ 石田穰(2008)『民法大系(2)物権法』, 信山社
- ・ 石田穰(2014)『民法大系(1)民法総則』, 信山社
- ・ 稲本洋之助(1976)「農地所有と公的介入—フランスにおける 1960 年代以降の展開(2)」, 社会科学研究 28 卷 2 号
- ・ 稲本洋之助(1983)『民法Ⅱ (物権)』, 青林書院新社
- ・ 内田貴(2008)『民法Ⅰ [第 4 版]総則・物権総論』, 東京大学出版会
- ・ 梅謙次郎(1911 訂正増補改版第 31 版, 1984 復刻)『訂正増補 民法要義 卷之二 物権編』, 有斐閣
- ・ 上横手雅敬(1973)「知行論争の再検討」, 法制史研究 23 号
- ・ 遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一(1996)『民法(2)物権 [第 4 版]』, 有斐閣双書
- ・ 近江幸治(2006)『民法講義Ⅱ 物権法 [第 3 版]』, 成文堂
- ・ 近江幸治(2007)『民法講義Ⅵ 事務管理・不当利得・不法行為 [第 2 版]』, 成文堂
- ・ 大村敦志(2005)『基本民法Ⅰ [第 2 版]』, 有斐閣
- ・ 大村敦志(2005)『もうひとつの基本民法Ⅰ』, 有斐閣
- ・ 於保不二雄・高木多喜男補遺 (1955)『獨逸民法 [Ⅲ] 物権法』, 有斐閣
- ・ 笠松宏至(2022)『徳政令 中世の法と慣習』, 講談社学術文庫
- ・ 加藤一郎編(1965)『注釈民法(19)債権(10)』, 有斐閣
- ・ 加藤雅信(2005)『新民法大系Ⅱ 物権法(第 2 版)』, 有斐閣
- ・ 加藤雅信・加藤新太郎編(2008)『現代民法学と実務 (上)』, 判例タイムズ社
- ・ 鎌田薫(2011)『民法ノート物権法①【第 2 版】』, 日本評論社
- ・ 川島武宜(1949)『所有権法の理論』, 岩波書店
- ・ 川島武宜(1965)『民法総則』, 有斐閣
- ・ 川島武宜編(1968)『注釈民法(7)物権(2)』, 有斐閣
- ・ 川島武宜・川井健編(2007)『新版注釈民法(7)物権(2)』, 有斐閣
- ・ 小柳春一郎(2017)「フランス法における不

- 動産の法的管理不全への対策－コルシカにおける相続登記未了と 2017 年地籍正常化法－」土地総合研究 25 卷 2 号(2017 年春)
- ・佐久間毅(2008)『民法の基礎 1 総則 [第 3 版]』, 有斐閣
 - ・佐久間毅(2006)『民法の基礎 2 物権』, 有斐閣
 - ・佐藤進一・池内義資編(1955)『中世法制史料集 第一卷 鎌倉幕府法』, 岩波書店
 - ・佐藤雄基(2023)『御成敗式目 鎌倉節の法と生活』, 中公新書
 - ・四宮和夫・能見善久(2010)『民法総則 [第 8 版]』, 弘文堂
 - ・鈴木禄弥(1976)『物権法の研究』, 創文社
 - ・鈴木禄弥(1985)『物権法講義 三訂版』, 創文社
 - ・戦後日本農政史刊行会(1967)『戦後日本農政史 資料総覧』日本農政史編集委員会
 - ・高木多喜男(1981)『不動産法の研究』, 成文堂
 - ・鷹巢信孝(2003)『所有権と占有権－物権法の基礎理論－』, 成文堂
 - ・高村学人(2018)「所有者不明土地問題を問い直す－アンチ・コモンス論からの問題再定義」土地総合研究 26 卷 4 号(2018 年秋)
 - ・瀧川政次郎(1927, 1985 復刻)『日本法制史 (上)』, 講談社学術文庫
 - ・滝沢聿代(2013)『物権法』, 三省堂
 - ・田處博之(2015)「土地所有権は放棄できるか－ドイツ法を参考に」論究ジュリスト No.15
 - ・田中整爾(1975)『占有論の研究』, 有斐閣
 - ・谷口貴都(2001)「ローマ法における土地所有権に対する制限－社会の個人主義化と所有権の変化－」, 内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地私法』, 有斐閣
 - ・長友昭(2018)「土地所有権の放棄に見る「権利濫用」と「責務」－所有者不明土地問題をめぐる裁判例、理論と立法政策」, 日本不動産学会学術講演会論文集 34 号 論文番号 2018-4
 - ・戸松秀典(2000)『憲法訴訟』, 有斐閣
 - ・富井政章(1915)『民法概論 第二卷 物権』, 有斐閣書房
 - ・中田薫(1994)『法制史論集 第二卷』, 岩波書店
 - ・中田裕康(2015)「相続と民法 185 条にいう「新たな権原」」, 潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選 I 総則・物権 [第 7 版]』, 有斐閣
 - ・日本農政史編集委員会編(1967)『戦後日本農政史 資料総覧』, 戦後日本農政史刊行会
 - ・能見善久(2012)「預金債権の消滅時効について」金融法務研究会報告書(19)第 1 章
 - ・能見善久=加藤新太郎編(2013)『論点体系判例民法<第 2 版> 2 物権』, 第一法規
 - ・『農林水産省百年史』編集委員会編(1980)『農林水産省百年史 中巻 大正・昭和戦前篇』, 『農林水産省百年史』刊行会
 - ・原田一明(2016)「宮沢俊義文庫(2): 新憲法制定に関する松本丞治先生談話(1947)」立教法学 94 号
 - ・平野裕之(2016)『物権法』, 日本評論社
 - ・福田充孝(2017)「土地の所有権把握のために－フランス、ドイツの不動産登記制度を参考に－」PRI Review 2017 年 春季号 (国土交通政策研究所)

- ・福田充孝(2018)「我が国の不動産登記制度の沿革について－所有者不明土地問題資料－」PRI Review 2018年 冬季号(国土交通政策研究所)
- ・福田充孝(2019)「所有者不明土地の所有権みなし放棄制度に関する考察－理論的根拠と提言－」日本不動産学会誌 Vol.33 No.2 (審査付論文)
- ・福田充孝(2020)「アメリカの不動産登記制度について」Urban Study Vol.71
- ・船田亨二(1943 初版, 1969 改版)『ローマ法 第二巻』, 岩波書店
- ・舟橋諄一(1960)『物権法』, 有斐閣
- ・舟橋諄一・徳本鎮編集(1997)『新版注釈民法(6)物権(1)』, 有斐閣
- ・法務大臣官房司法法制調査部監修(1983)『法典調査会 民法議事速記録一 第一回－第二十六回』, 商事法務研究会
- ・法務大臣官房司法法制調査部監修(1984)『法典調査会 民法議事速記録二 第二十七回－第五十五回』, 商事法務研究会
- ・法務大臣官房司法法制調査部監修(1987)『法律取調委員会 民法草案財産取得編議事筆記 自第四十二回 至第四十四回』, 商事法務研究会
- ・星野英一(1970)「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」, 『民法論集第二巻』, 有斐閣
- ・星野英一(1971)『民法概論 I (序説・総則)』, 良書普及会
- ・星野英一(1976)『民法概論 II (物権・担保物権)』, 良書普及会
- ・星野英一編集代表(1984)『民法講座 2 物権(1)』, 有斐閣
- ・星野英一・森島昭夫編(1992)『現代社会と民法学の動向 下 ー民法一般 加藤一郎先生古稀記念』, 有斐閣
- ・本郷和人(2018)『考える日本史』, 河出新書
- ・松井茂記(2002)『日本国憲法 第2版』, 有斐閣
- ・松岡久和(2017)『物権法』, 成文堂
- ・松沢裕作(2024)『歴史学はこう考える』, ちくま新書
- ・松園潤一郎(2019)「中世における年紀法の機能と変容」一橋法学 18 卷 1 号
- ・松久三四彦(2009)「前主の無過失と 10 年の取得時効」, 中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選 I 総則・物権[第 6 版]』, 有斐閣
- ・松本克美(2022)「所有者不明土地・建物の物的管理不全から生じる他人の権利侵害等の予防と被害救済の課題－空家対策特別措置法の施行, 民法等の一部改正法・相続土地国庫帰属法の制定をふまえて－」立命館法学 401 号
- ・水野紀子(2007)「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論」財団法人トラスト 60 創立 20 周年記念論文撰集
- ・水辺芳郎(1984)「占有制度」, 星野英一編集代表『民法講座 2 物権(1)』, 有斐閣
- ・村瀬銀一・山田純嗣・中川國基・志田範雄・黒木三郎「不動産登記制度並びに専門職能制度の比較研究－韓国・台湾・日本－」THINK 会報 96 号 日本司法書士会連合会
- ・山野目章夫(2009)『物権法[第 4 版]』, 日本評論社
- ・横山美夏(2011)「フランス法における所有(propriété)概念－財産と所有に関する序論的考察－」新世代法政策学研究 Vol.12

- ・吉田克己(2018a)「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 年春)
- ・吉田克己(2018b)「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」土地総合研究 26 巻 3 号(2018 年夏)
- ・吉田克己(2018c)「所有者不明土地問題と土地所有権論」法律時報 90 巻 9 号
- ・吉田克己編(2021)『物権法の現代的課題と改正提案』, 成文堂
- ・吉田克己(2023)『物権法 I』, 信山社
- ・吉田善明(2003)『日本国憲法論 第 3 版』, 三省堂
- ・吉原達也編(2010)「千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(5)完」広島法学 33 巻 3 号
- ・我妻栄(1965)『新訂民法総則(民法講義 I)』, 岩波書店
- ・我妻栄・有泉亨(1983)『新訂物権法(民法講義 II)』, 岩波書店
- ・我妻栄・幾代通・川井健補訂(2006)『民法案内 3 物権法 上』, 勁草書房
- ・若林正俊(1981)『最新版農地法の解説(解説篇・法令通達篇)』, 全国農業会議所
- ・和田正明(1970)『最新 農地法詳解』, 学陽書房
- ・和田正明(1988)『農地法詳解』, 学陽書房
- ・渡辺尚志・五味文彦編(2002)『新 体系日本史 3 土地所有史』, 山川出版社
- ・渡辺洋三(1973)『財産と法』, 財団法人東京大学出版会
- ・マイケル・ヘラー(2018)『グリッドロック 経済一多すぎる所有権が市場をつぶす』, 垂紀書房

1) この文章が掲載されている『民法案内 3』の初版は 1962(昭和 37)年の発行である。前年まで岩戸景気(1958 年 6 月~61 年 12 月)と呼ばれる好景気であり、地価も上昇し続けていたため、この文章はなんら違和感のないものであった。

2) この資料では「太陽光パネルの廃棄処理は、ほかの事業とおなじように、発電事業者や解体事業者が責任をもつことが原則です。だからこそ、FIT の再エネ買取価格は、廃棄に必要な費用を盛り込むかたちで設定されています。一般的にはあまり知られていませんが、これは FIT 制度が創設されて以来続けられてきた価格設定の考え方です」とあり、また 2020(令和 2)年 6 月に改正された再生可能エネルギー電気の利用の促進に関する特別措置法(平成 23 年法律第 108 号)により太陽光発電設備の廃棄等費用積立制度が創設されており、太陽光発電設備の解体等費用については措置されている。しかし、「不法投棄や放置による環境問題も懸念(2024 年 9 月 24 日官庁速報、p.20)」されており、事業終了後の太陽光発電設備の処理が適切に行われず放置される

場合には、所有者不明動産問題が発生する恐れがある。特に、太陽光パネルの再資源化費用については埋立処分と比べてコストが上回るため、その負担のあり方について、産業構造審議会 イノベーション・環境分科会資源循環経済小委員会 太陽光発電設備リサイクルワーキンググループ 中央環境審議会 循環型社会部会 太陽光発電設備リサイクル制度小委員会 合同会議(以下、「合同会議」という。)で議論されているところである(第 1 回会議は 2024(令和 6)年 9 月 13 日)。そこでは、使用済太陽光パネルの排出量は、2030 年代後半以降顕著に増加すると予想され、ピーク時には年間約 50 万 t に上ると推計されている(第 8 回合同会議「太陽光発電設備のリサイクル制度のあり方について(案)」, p.3、

https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/sangyo_gijutsu/resource_circulation/solar_power_generation/pdf/008_01_00.pdf)。

3) 法務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会(第 12 回研究会資料 12「土地所有権の放棄について」, p.11)では、「土地や建物の所有権の放棄についての規

律を設けるとした場合には、動産の所有権の放棄についての規律を設けることについてもあわせて検討する必要があると考えられる。」として、「動産の放棄」が検討項目に挙がっていた。これは「みなし放棄」ではないが、所有権放棄について、不動産、動産を問わず統一的な規律が必要であると考えられていたのである。

4) 2023 (令和 5) 年 12 月末日時点での全国における所有者不明土地管理命令の申立て件数は 387 件であり (内閣府(2023)「沖縄県における所有者不明土地に起因する問題の解決に向けた調査報告書 (令和 5 年度)」, p.53、

https://www8.cao.go.jp/okinawa/9/kyougi_kai/humeitochi/reiwa5/r5_doc6.pdf)、利用が進んでいると言える。

5) 「近年、土地の所有者が死亡しても相続登記がされないこと等を原因として、不動産登記簿により所有者が直ちに判明せず、又は判明しても連絡がつかない土地 (以下「所有者不明土地」という。) が生じ、その土地の利用等が阻害されるなどの問題が生じている (法制審議会民法・不動産登記法部会第 1 回会議 (平成 31 年 3 月 19 日開催) 部会資料 1「民法・不動産登記法改正に当たっての検討課題」)。

6) この判決は、もともと大審院連合部判決明治 41 年 12 月 14 日民録 14 輯 1301 頁では登記が必要とされていたのを改めたものであり、この原則を元に、「最高裁は『相続と登記』といわれる一連の判例を構築していく (水野紀子(2007)「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論」財団法人トラスト 60 創立 20 周年記念論文撰集)、

<https://www.law.tohoku.ac.jp/~parenoir/souzokuzaisan.html> 」ことになる。

7) 水野教授は、ある判決 (最判平成 7 年 12 月 5 日判時 1562 号 54 頁) における上告理由での「いわゆる『身内』的、仲間の関係にある無償取得の共同相続人 (しかも遺産の管理において過失があるというべきである) よりも、有償の『他人』である善意無過失の第三取得者を保護すべきとするのが社会の常識である」という主張 (この主張は判決では認められなかった) に賛意を示しておられる (水野(2007)) が、妥当である。

8) ただし、民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律 (平成 30 年法律第 72 号) により、相続させる旨の遺言 (令和 2 年 7

月 1 日以後は「特定財産承継遺言 (民法 1014 条 2 項)」等により承継された財産においては、法定相続分 (民法 900 条、901 条) を超える権利の承継については対抗要件を備えなければ第三者に対抗できない旨の改正がなされた (改正後の民法 899 条の 2) ため、このような相続不動産の取得者の保護に関して一定の改善が期待される。

9) 私事になるが、本年 1 月 22 日に筆者のところに大阪法務局から書類が送られてきた。内容は、1976 (昭和 51) 年に亡くなった祖父の土地が所在する区域で不動産登記法 14 条 1 項の地図の作成事務を実施するから本事業に協力するよということであった。しかし、祖父の所有していた土地を相続している 4 人 (筆者他 3 名) とともに全くそんな土地の存在を知らないまま 50 年近く生活してきており (3.2.2) のパターンである)、今更一筆地調査に立ち会えと言われても、そのためにわざわざ大阪まで行く気にはなれない (現地立会いは 5 月から 9 月頃の予定。暑いではないか)。しかも、祖父が土地を売ったときの残地らしく、その土地の面積はたったの 16 m² しかないようである。土地を売った相手はすでにその土地を売却しており、現在は祖父の土地も含めて許認可保育園の園庭として利用されているようである。筆者からすると保育園の子供たちの役に立っていることでもあり、土地は只であげるの、地図作成から所有権移転登記までご自由にやってくださいという気持ちである (筆者は自分で十数回所有権移転登記手続をしたことがあるが、面倒である)。相続を複数回経た後に発覚した相続人も、よほど価値のある土地でない限り、筆者と同じような気持ちを抱く人が多いのではないだろうか。そもそも存在すら知らない所有地を誰かにとられたところで全く何の痛痒も感じないし、保育園側も時効取得を主張すると考えられる (そして、その主張は認められる)。時効取得される土地の筆界確認のためにわざわざ大阪まで行く気にならないのはやむを得ないであろう。法務省にも 6.5.1 で紹介したような制度を創設していただき、迅速に処理してもらいたいものである。今回はたまたま法務局の地図作成過程で発覚したが、このようにいつ誰のところに所有者不明土地が現れるか分からないのである。しかし、そもそもの原因は、正確な地図が未だに備わっていない我が国の不動産登記制度にあり、根本的な改革が

必要である。例えばフランスでは1807年から地籍調査が行われ、1930年からは再調査が行われているのであり、このような姿勢を我が国も見習う必要がある。

10) コロンビア大学ロースクールで不動産法を担当しているマイケル・ヘラー教授は、「家屋を相続した兄と妹を想像してみよう。『親としての我々は、自分たちがこの世を去っても子供たちが仲良くしてくれると信じたいものです』とある遺産計画の専門家は語るが、家を子供たち全員に遺すのは『まちがいなく大惨事のもとです』。一人はそれを人に貸したいのだが、もう一人は取り壊しを主張している。両者が取引に応じない場合、どちらも先に進めない。家はあき家のまま。これがグリッドロックだ(マイケル・ヘラー(2018)『グリッドロック経済—多すぎる所有権が市場をつぶす』, 亜紀書房, p.17)」と述べている。ヘラー教授は、さらに同書の中で、アルツハイマー病や癌の治療薬の開発が関係する特許権があまりに多すぎるために阻害されているという例を挙げている(彼は、このようなあまりに細分化した所有権が原因で全員が損失に陥る状況を「アンチ・コモンズの悲劇(同, p.43)」と呼ぶ。これと所有者不明土地を関連づけて論じたものとして、高村学人(2018)「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 26巻4号(2018年秋))。我が国の所有権のように必要以上に強すぎる権利や細分化された権利は公共の福祉の増進を阻害するものであるということを忘れてはならない。なお、法務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会(第12回研究会資料12「土地所有権の放棄について」, p.12)においては、「土地取引においても、所有権の安定性を前提として土地の価値が定められるものと考えられるが、みなし放棄制度の導入に当たっては、こうした所有権の機能を害さないようにする必要がある」との指摘がなされているが、所有者不明土地については、所有権が細分化されすぎてグリッドロックに陥り規制がうまく機能せず、利用ができなくなっており、すでに「所有権の機能が害されている」ことが少なくないということを認めるべきである。

11) 筆者は4)の今後所有者不明土地が発生しないようにするにはどのような対策を講じるべきかという問題についてはフランス、ドイツの不動産登記制度や我が国の過去の

土地制度を紹介したうえで若干の意見を公表している(拙著(2017)「土地の所有権把握のために—フランス、ドイツの不動産登記制度を参考に—」PRI Review 2017年 春季号(国土交通政策研究所)、

<https://www.mlit.go.jp/pri/kikanshi/pdf/2017/64-1.pdf>、拙著(2018)「我が国の不動産登記制度の沿革について—所有者不明土地問題資料—」PRI Review 2018年 冬季号(国土交通政策研究所)、

<https://www.mlit.go.jp/pri/kikanshi/pdf/2017/67-6.pdf>)。ただし、令和3年の民法・不動産登記法改正で相続登記の義務化及び住所変更登記義務化が導入された(施行はそれぞれ2024(令和6)年4月1日、2026(令和8)年4月1日)ため、今後は相続登記の登記漏れは減少することが期待される。また、この改正で過去の相続についても登記が義務化されたことは、実効性はともかく、特筆に値する。

12) フランスでは、相続に係る所有権の移転については公証人が作成する確認書を求め、その登記申請を民事罰金で強制していた(前掲拙著(2017), p.8 参照)。

13) ただし、相続開始時から10年を経過した後にする遺産分割は、具体的相続分ではなく、法定相続分(又は指定相続分)によるとされている(民法904条の3)。

14) 既存の所有者不明土地については、どのような手法で利活用するかという問題だけでなく、その解消を図るために「どのようにして所有者不明土地の真の所有者を不動産登記に反映させるか」という問題も存在する。すでに利用円滑化法44条の規定により、登記官が、所有権の登記名義人の死亡後長期間にわたり相続登記がされていない土地について、法定相続人等を探索した上で、職権で長期間相続登記未了である旨等を登記に付記し、法定相続人等に登記手続を直接促し、所有者の効果的な探索を図るという対策が講じられているほか、「表題部所有者不明土地の登記及び管理の適正化に関する法律(令和元年5月24日法律第15号)」で変則型登記がされた土地についても同様の制度を創設しているが、登記官の現実の業務量の多さからみて過度な期待は禁物である。また、すでに生じた所有者不明土地の全てについて真の所有者を不動産登記に反映させることが望ましいのは言うまでもないが、実際にはその必要性や費用対効果の観点から見て困難であると言わざるを得な

いし、所有者不明のまま土地の利活用を可能にすれば、不動産登記の名義人が誰でも関係ないから放置しておけばよいという考えもあるだろう。しかし、不動産登記制度の信頼性を高めるためにも、コストを考慮しつつ可能な範囲で登記簿に正しい所有者情報を反映させる方法を検討しておくことは必要である。

15) このような経済的価値のない土地を「負財」と呼ぶ吉田教授は、所有者不明土地の多くは本文 2,2)に該当すると推測している(吉田(2018c), p.77)。なお、吉田教授は、本文 1)を相対的負財、2,2)を絶対的負財と呼んでいる(同)。筆者は、2,1)の所有者不明土地の多くは相続が複数回行われ、現存する所有者の所在が不明または所有者が多くなりすぎて共有関係が複雑化しすぎたため、グリッドロック(注10)参照)に陥り利用ができなくなっているような土地が典型例であると考えている。このような土地は必ずしも利用に適さない土地ばかりではないし、またどのような土地であれ、活用を希望する第三者に売ることが可能であれば所有者にとって交換価値は存在する。そのため、このような客観的に見て利用可能性のある土地は、ここで言う負動産には分類していない。

16) 単に相続人が相続土地の放棄を望んでいる場合(所有者不明土地ではない)に対応するために、相続土地国庫帰属法が定められた。これまでの法務省への「相談件数はのべ32,943件、申請件数は2,588件、審査を経て782件の土地所有権が国庫に帰属している(内訳は、宅地312件、農用地254件、森林27件、その他189件(2024年8月末時点))である(日刊不動産経済通信、2014(令和6)年10月3日)。

17) 「土地所有権についてみれば、土地の投機的取得、独占、遊休的保有とそれに伴う地価上昇が土地利用条件を著しく悪化させていることが明らかである。このようにして、かつて人権の範疇に属するものとされた所有権は、今日ではしばしば人権を侵害し抑圧する行為を正当化する根拠とすらなっている(稲本(1983), pp.19-20)」という指摘もあり(現在では、遊休的保有は地価上昇とは関係なく社会に弊害を及ぼしていることがある)、現在ではかつてのような所有権絶対の思想は後退している。また、ローマ法においては、所有者が土地を放置すると、所有権を取り上げられることがあったとされる

(船田(1969 改版), p.512)。「所有から利用へ(我妻・有泉(1983), p2)」という言葉が表すように、現在では借地権、借家権等の利用権の保護が精力的に行われてきたことは周知の事実である。土地所有の全てが同等の保護を受ける必要はなく、利用されている土地と未利用で放置されている土地では自ずから取扱いを変えて然るべきである(同様に、休眠預金法は、放置されている預金を活用するための特例措置を定めたものである)。

18) 土地収用法の不明裁決の要件を大幅に緩和することは有効な対策の一つである(利用円滑化法には、都道府県知事が事業認定した事業について、収用委員会に代わり都道府県知事が裁定することができる制度が定められている(同法 27 条以下))。これは公共事業等施行のための当面の対策として評価することができる。

19) 2018(平成30)年の基本方針において、このような者からの土地取得を容易にするみなし放棄制度が求められたのも、おそらく同様の問題意識に基づくと考えられる。

20) ただし、利用円滑化法 42 条 2 項に基づき国の行政機関の長等が所有者不明土地につき、その適切な管理のため特に必要があると認めるときは、地方裁判所に対し、所有者不明土地管理命令(民法 264 条の 2・1 項)の請求をすることができることとされており、この場合は所有者不明土地管理人が裁判所の許可を得たうえで当該所有者不明土地を売却することができるので、この制度を利用すれば公的な機関が所有者不明土地を取得することが可能になる。

21) 土地所有権のみなし放棄を認定するに当たり特段の前提条件は明記されていないが、土地所有権移転を行うには所有権を取得する者が当該土地を公共の用に供する等の要件を満たすことが必要であると考えられる。

22) ドイツ民法においても「所有権の概念は民法典の最も基本的な前提となつてゐるが、民法は其意義を明示することなく、唯第九〇三条に所有権の積極消極の主要なる内容を規定するに止まる(於保・高木(1955), p. 69)」とされている。川島武宜博士は「本書の意図したところは、『所有権』として法律的に現象しているところの近代的所有権について、その規範論理的意味ではなくして、その現実的な社会現象としての構造を分析することである(川島(1949),

はしがき p.4、傍点は原文)」とされている。また、所有権についてしばしば言われる「排他的包括的な支配」とは「『私のもの』ということの tautology にすぎない (同, p. 4、傍点は原文)」とされる。

23) 確かに近年の教科書における所有権論に関する記述はかなり簡単なものになっているが、吉田編著(2021), p.3 以下[吉田克己執筆]、吉田(2023), p.129 以下では所有権に関する議論が詳細に記述されている。その他所有権に関する研究については、松岡久和(2017)『物権法』, 成文堂, pp.21-22 の囲み記事で紹介されている文献を参照。

24) 星野教授は、民法講座のはしがきで「『所有権論』……は、当初の計画には含まれていたが、諸般の事情から収録できなかった(星野英一編集代表(1984)『民法講座 2 物権(1)』, 有斐閣, はしがき)」と記されている。このことは所有権論に関して論じることの難しさを反映しているものと考えられる。

25) ドイツにおいても所有権の定義は困難であるとされており、中田薫博士は「獨逸私法の大家 Stobbe……は所有権の定義を下したる後、自分の定義は多少不確定であるが、他に優る所がある旨を附記し、獨逸民法第一草案物権篇の起草者たる Johow……も、所有権の満足なる定義を與ふことは、困難寧ろ不可能であるかも知れぬと云ひ、…… Maschke……は従来知名の學者が下せる所有権の定義の總てを排撃し盡したる後、一の試みとして自己の定義を呈示したに止まつて居る。以て所有権を定義することが、如何に困難なものであるかが推知されるであろう(中田薫(1938)『法制史論集 第二巻』, 岩波書店, p.2 注(1)、傍点は原文)」と述べておられる。また、於保不二雄博士は、ドイツ民法における「所有権の概念は民法典の最も基本的な前提となつてゐるが、民法は其意義を明示することなく、唯第九〇三条に所有権の積極消極の主要なる内容を規定するに止まる(於保・高木(1955), pp.69-70)」と指摘されている。

26) 鷹巣教授は、この考えに批判的である(鷹巣(2003), p.2)。

27) ただし、国土利用計画法 12 条 1 項に基づく規制区域内の土地取引は禁止されており、ここでは所有権とその処分権は分離されている(注 42)参照)が、本条項が適用された事例はない。

28) 動産については、ゴミ屋敷、電機製品や

自転車、近い将来予想される使用期限切れの太陽光発電システム等の放置・放棄問題がすぐに頭に浮かぶが、これらの問題は近年になって生じたものである。資本主義経済に基礎を置く国家においては所有権の保護が強く要請され、当然のことながら法律もそれに資するよう形成されてきた。このような社会においては、所有権が不要であるというようなことはきわめて例外的な事象であったため、従来は人が所有権に憑依されてしまい、その結果所有権を放棄しようとするような事態が発生することは少なく、それほど問題視されることはなかったと考えられる。なお、モノによる憑依の典型であるゴミ屋敷については、「ごみ集積場から収集したごみや不法投棄された物品についても、ごみではなく有価物であると認識しているため、排出する意思が示されず未解消となっているものも 31 事例(未解消の 119 事例の約 3 割) みられ(総務省(2024)「ごみ屋敷対策に関する調査結果報告書」, p.33、

https://www.soumu.go.jp/main_content/00964139.pdf)」たとのことであるが、本人のゴミに対する所有意思が明確に示されている場合対応は極めて困難にならざるを得ない。

29) 動産に関しては従来から所有権を放棄することを認められてきた。しかし、不動産所有権の放棄に関しては近年になってようやく議論されるようになってきたと言える。我が国の社会情勢の変化により地方圏を中心に土地の需要が減少し不要な土地が増加したためである。

30) ロックは「みずからの所有物となつたものを朽ちさせないこと」を所有権の制限として挙げたが、使い切れないような土地について他人に譲り渡し利用できる状態にすれば他人の権利を侵すことにはならない。所有する土地を有効に活用する意思も能力もない者であっても、金銭であればそれなりに活用できるはずであり、そのような者に土地所有権の代わりに金銭を与えることは、所有者本人にとっても社会にとっても有意義なことであると言えよう。

31) 「時効制度の源は、紀元前 5 世紀のローマ法の十二表法時代のウルカピオ(usucapio) という使用取得にさかのぼる(加藤雅信・加藤新太郎編(2008)『現代民法学と実務(上)』, 判例タイムズ社, p.169[加藤雅信教授発言])」がそれによると「2 年の

占有継続で土地の所有権が取得され(同)」、ゲルマン法においては「本権と占有が不即不離の関係にある(同)」ゲヴェーレにはヤール・ウント・ターク(Jahr und Tag)という観念があり、1年と1日以内にゲヴェーレノ妨害者に対し訴えを提起しなければその権利を失うとされていた(中世ドイツにおけるStadtluft macht frei(都市の空気は自由にする)も1年と1日であるが、これもゲヴェーレの喪失期間が由来の一つであるようである)。「ローマやゲルマンでは、2年とか『1年と1日』という短期間の占有で所有者が変わってしまう(同)」のは、「権利取得者や権利喪失者の利益を守るために、このような短期占有にもとづく権利変動制度が導入されたわけではないと思います。むしろ、社会全体の利益を考えた方がよいと思うのです(同)」とし、「取得時効制度の基礎は社会全体のなかでの物、とりわけ土地の有効利用の促進にあった(同)」とされる。そして、「その後食糧供給が安定してくる時代となれば、土地の有効利用以上に、権利関係の安定が求められる(同)」とされる。

32) 「耕地を荒廢に委ねておき」は所有権のみなし放棄制度に、「他人が占有していることを永年におよんで放任しておく」は時効制度につながり、この二つが同一の範疇に属する制度であることを示している。

33) 「他人の荒蕪地を開拓した場合に開拓者はこれを取得する」ことは、後述する時効制度の存在理由に関する能見善久教授の説につながる(7.1.1.3参照)。

34) このことは時効制度(所有権の消滅および取得)が、他面から見ると土地所有権(みなし)放棄であることを示唆している。

35) 「荒廢地の収公による再開発」はみなし放棄制度そのものである。

36) 『吾妻鏡』延応元年(1239)2月30日条に、御家人所領について、年月の経過した後に旧領(「本領」)であると訴える者がおり、かかる濫訴を防止すべく制定した、と明記されて(松園潤一郎(2019)「中世における年紀法の機能と変容」一橋法学 18 卷 1 号, p. 74) いるように、「第 8 条の立法意図は不知行所領の効力を否定して、古い証文を持ち出した幕府裁判への訴えを抑えることにあった。幕府が裁判制度を整備するのは、積極的に裁判をしたいからではなかった。むしろ自らの負担を減らすために不当な訴えを減らしたかったのである(佐藤雄基

(2023)『御成敗式目 鎌倉武士の法と生活』, 中公新書, p. 193)」。それゆえ、本来 8 条は 20 年間不知行であれば権利は消滅するから該当する者は訴えを提起するなという規定であった。しかしながら、逆にこの 8 条を根拠に「20 年間実効支配(知行)したから権利を認めて欲しい」と主張する者から訴訟が提起されるようになった。「この第 8 条の立法意図は訴えを減らすことにあった。だが、たとえば 1287 年(弘安 10 年)のある裁判では、荘園領主の側が式目第 8 条の(b)(引用者注:「右當知行之後過廿ケ年者任大将家之例不論理非不能改替」)を根拠にして地頭の新儀を非法として幕府に訴えている(『鎌倉遺文』16286 号)。幕府の意図にはやや反して、第 8 条を根拠に権利保護を求める現在の知行者の訴えが幕府になされるようになったのである。必ずしも訴訟当事者が自分に都合よく第 8 条を解釈したというだけではなく、1237 年(嘉禎 3 年)の追加法にみるように、幕府関係者の間でも第 8 条が 20 年の時効という一般原則を定めたものとして受け取られるようになっていたからだろう(同, pp. 194-195)」。これは、「平安時代から一定の期間、ある土地を実効支配し続けたものは、最初の理由がどのようなものであったとしても、正当な権利を持つものとして認められるという法的な習慣(松沢裕作(2024)『歴史学はこう考える』, ちくま新書, p. 74)」が存在していたが、「実際のところ一定の期間というのが何年なのかということについて、明文化された規定は、御成敗式目以前には存在しなかった(同)」ためであると考えられる。

37) この第 8 条は問題のある規定で、そもそもの条文の文言に関する論争がある。

雖帶御下文不令知行経年序所領事
右當知行之後過廿ケ年者任大将家之例不論理非不能改替而申知行之由掠給御下文之輩雖帶彼状不及叙用

(御下文を帶すといへとも知行せしめすして年序をふる所領の事

右當知行の後廿かねんを過は右大将家の例に任て理非を論ぜず改替にあたはずしかるを知行のよしを申御下文をかすめたまはるともがらかの状を帶すといふとも叙用に及され(佐藤進一・池内義資編(1955)『中世法制史料集 第一卷 鎌倉幕府法』, 岩波書店, p. 7, p. 40))

ここでの問題は、事書(見出し)が

(a) 一、御下文を所持しているとしても、知

行せず年月を経た所領について(「権利の証拠となる『御下文』……を持ったまま、実際にはその土地を実効支配しないで時間が経った場合(松沢(2024), p. 74)」)

であるのに、実際の条文が

(b)実際に知行してから、20年を過ぎていれば、大将家(源頼朝)の先例に従って、是非を論じるまでもなく、改替してはならない。とあることである。

「(a)「事書」(見出し)では「知行しないで」(不知行)とあり、20年の不知行で権利が消滅する規定であるのに、(b)本文では「実際に知行してから」(当知行)とあって、20年の実効支配で権利が認められる規定であるようにみえる。この事書と本文の齟齬がかって大論争の原因となっていた(知行論争)(佐藤(雄)(2023), p. 192)」。この規定はあまり論理的ではなく、(b)の「當知行」が「不知行」であれば見出しと条文の齟齬はなくなるし、解釈も容易になる。実際に石井良助博士は後に書き換えられたと主張されている(石井良助(1952)『日本不動産占有論』, 創文社, pp. 104-106、同(1979)「附録第一 御成敗式目について」『民法典の編纂』, 創文社, pp. 328-329 参照)。これに対し、牧健二教授、佐藤進一教授が反対の論陣を張っておられる(佐藤(進)ほか, p. 378-379)が、「論理的な曖昧さとか、矛盾とかは、この時代の法律では珍しいことではない(上横手雅敬(1973)「知行論争の再検討」法制史研究 23号 p. 7)し、「式目の編纂者も亦幕府の司法職員も、不知行と當知行との文字の使用を、今日の法学者が要求するほど、それほど厳格には考えていなかった(同, p. 12)」ため、上横手教授は「現行の式目本文をそのまま信用し、今後の論争は打ち切るべき(同)」とされている。鎌倉幕府の裁判では「そもそもその法律が、『実際に幕府が作った法律かどうか』というところで闘われていたのです。これが朝廷の裁判所の話ならばまだしもなのですが、当の幕府の裁判所において『この法律は幕府が作ったのかどうか』という応酬を重ねているのです。つまり、幕府は、法律を作ったら作ったでそのまま放置。きちんと保存する、整理するというをしていなかった(本郷和人(2018)『考える日本史』, 河出新書, p. 91)」。笠松宏至(2022)『徳政令 中世の法と慣習』, 講談社学術文庫には、実際に「幕府の成文法が、果たして実在の法なのか、偽の法なのか」争われた事例が紹介されている。このような状況を鑑

みると、あまり厳密に現代の基準を当て嵌めて考証することはかえって本筋を外してしまうと考えられる。

38) このような重層的な土地所有関係は中世欧州で多く見られ、耕作者の権利を「下級所有権」、領主等の貢納徴収権者の権利を「上級所有権」などと呼んでいた。欧州では耕作者の権利を所有権とし、貢納徴収権者の地代收集権を、ドイツでは「物的負担」、フランスでは「土地定期金徴収権」という物権としたが、フランス大革命時代に、封建的負担であるとして廃止された(星野英一(1976)『民法概論Ⅱ(物権・担保物権)』, 良書普及会, pp.158~159 参照)。その結果、耕作者が完全な所有権を有するようになった。「近代社会を成立させるうえでの社会的要請は、このような重層を除去し、現実の利用の担い手に全面性ある権原を保障すること(山野目章夫(2009)『物権法[第4版]』, 日本評論社, p.4)」った。フランス人権宣言は、そういった文脈の中で所有権の尊重に言及していることを理解する必要がある(同, p.4 参照)。我が国においては、このような重層的な土地所有関係は、形を変えながら江戸時代まで続いた。「一地両主」といって、耕作者が「上土持」、貢納徴収権者が「底土持」と呼ばれ、どちらか一方が所有権者であるとは言いがたい状況にあった(星野(1976), p.158 参照)。明治時代になって、貢納徴収権(底土権)と耕作権(上土権、甘土権)が対立した場合にどちらに地券を交付するか(近江(2006), p.215 参照)という問題が生じたとき、原則として一律に前者を所有権として認めた(我妻・有泉(1983), p.26 参照。我妻博士は、これを「民法制定以前に犯された誤謬であった」と批判されている。なお、民法制定後の判例においても、上土権は否定された(大判大正6年2月10日民録 138 頁、判旨に賛成：徳本鎮(舟橋・徳本編『新版注釈(6)』, p.212)、反対：我妻栄(我妻・有泉(1983), p.27)、星野英一(星野(1976), p.159)など)。しかも、耕作者の権利は物権である永小作権ではなく債権である賃借権とされ、地主に対して小作人は非常に弱い立場に置かれることになった。その地位の向上は、農地調整法(昭和13年法律第67号)が農地の賃貸借は登記がなくても引渡だけで第三者に対抗することができることと定めた(同法8条)のを嚆矢とし、戦後の農地改革によって完成するのである。

39) 「このような『原則—無制限』という所

有権概念をはじめて定義したのは、今日の研究によれば、14世紀のバルトールス（Bartolus de Sassoferrato, 1314-1357）であった。すなわち、彼によれば、『所有権とは、法律によって禁止されないかぎり、有体物を完全に処分する権利である。』……やがてこの定義がフランス革命の影響を受けた自由主義的精神の法律学に採用されて法典化され（谷口(2001), p.2) ていったのである。

40) 第三者が放置された土地の所有権を取得時効により原始取得する場合は元の土地所有者の所有権は反射的にではあるが消滅するとされており、現行民法においても、土地所有権の放置が完全に所有者の自由になるわけではない。また、単に土地を放置しただけで対価なく土地所有権を失うことになる取得時効制度は憲法 29 条との関連でより丁寧な根拠付けが必要であるが、この点に関しては後述するように「所有者の放棄意思」を時効の存在理由として認めることにより無償性が合法化できると考える（7.1.1.4参照）。

41) 現行憲法の制憲過程で、マッカーサー「草案のなかに、当時日本側の関係者たちによって『赤い条文』と呼ばれた規定があった。それは、マ草案 28 条『土地及一切ノ天然資源ノ究極的所有権ハ人民ノ集团的代表者トシテノ国家ニ帰属ス』（1 項）という規定で、読みようによっては土地国有化をめざすものと考えられたものである（小林直樹(1980)『[新版] 憲法講義（上）』, 東京大学出版会, p. 525)」。この条文は政府が削除意見を提出したため、すぐに削除された。なお、西ドイツ憲法（ドイツ連邦共和国基本法）には、「所有権は義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである」（同法 14 条 2 項）というワイマール憲法を引き継いだ規定があるとともに、「土地、天然資源および生産手段は、社会化の目的のために、……公有または他の公共経済の形態に移すことができる」（同法 15 条）（宮沢(1974), p. 39 参照）というマ草案 28 条類似の規定があるが、当時の西ドイツは共産主義国家である東ドイツと鋭く対立していたのであり、この規定があるからと言って東ドイツのように土地国有化が認められるはずもなかった。また、マ草案 28 条 2 項は「国家ハ土地又ハ其ノ他ノ天然資源ヲ其ノ保存, 開発, 利用又ハ管理ヲ確保又ハ改善スル為ニ公正ナル補償ヲ払ヒテ収用スルコト

ヲ得」と単に土地収用について述べた規定であり、1 項と合わせて考えると、マ草案 28 条は特別に危険視されるような条文ではなかったのかもしれないが、当時の社会背景を考えると削除はやむを得なかったと言える（マ草案と調整後の案の違いは、両院制（マ草案は一院制）とこの『土地および天然資源は国有にすべきものだ』という趣旨の規定があったのをこちらの希望で削ったこと（原田一明(2016)「宮沢俊義文庫(2)：新憲法制定に関する松本丞治先生談話(1947)」立教法学 94 号, p. 185) くらいである)。なお、土地収用に関しては、すでに 1789 年のフランス人権宣言 17 条を受けた 1804 年のフランス民法典 545 条で明文化されている（「なんびとも、公益のためになければ且つ事前の正当な補償と引き換えでなければ、その所有権の譲渡を強制されることはない（中村義孝訳(2018)『1804 年ナポレオン民法典』（2）」、

<https://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/17-3/014nakamura.pdf>)。

42) 国土利用計画法 12 条 1 項に定める規制区域に指定された区域内において土地売買等の契約を締結しようとする場合には、当事者は、都道府県知事の許可を受けなければならない（同法 14 条 1 項）。規制区域内においては土地売買等の契約は原則禁止されるのであり、所有権者の処分権を否定している点で鷺田教授の指摘に合致する法制度がすでに 1974（昭和 49）年から我が国に存在していることは記憶にとどめておいてよい。

43) 「土地は有限の資源として有効活用されなければならない、その利用も、良好な環境を確保するために、社会的な合意に沿った合理的なものである必要がある（松岡(2017), p.21)」。

44) 後述する取得時効に関する能見善久教授の「財の効率的利用説」によると所有する土地を放置することに対する制約は社会国家実現のための社会的制約の一つであると言うことができる。

45) 必要なときに借りればよいと考える人も増加している。例えば、スマホ販売でも実質的には 1 年または 2 年レンタルの形態が主流となっている。「二十世紀も暮れ方になって「レンタル」という生活様式がほぼ定着し、さらに世紀を跨いで「シェア」という感覚が人びとのあいだに広がりつつあるときに「シェア」という語は「[わが] 占有率」

から「〔他者との〕共用」へと反転した一、《所有》をいまいちど、しかもこれまでとは別の仕方でも主題化する必要がある（鷲田(2024), p.28)。

46) 個人や民間会社に所有権を移転するのであっても、当該所有者不明土地が公共の用に供されるのであれば認められると考えられる。農地買収に対する不服申立事件において、栗山茂判事は補足意見で、「(憲法29条3)項にいう公共の用というのは公共の利益をも含む意味であつて何も必しも物理的に公共の使用のためでなければならないと解すべきではない。又収用した結果具体的の場合に特定の個人が受益者となつても政府による収用の全体の目的が公共の用のためであればよいのである(最判昭和28年12月23日民集7巻13号1523頁)」と述べており、多数意見もこの立場に与した。

47) この責務は、4.1.2で紹介したロックの考えに近いものである。

48) 2021(令和3)年の土地基本法の改正について、松本克美教授は「従来からの適正な土地利用に加えて『適正な管理』という理念が付加された点が重要である(松本克美(2022)「所有者不明土地・建物の物的管理不全から生じる他人の権利侵害等の予防と被害救済の課題—空家対策特別措置法の施行、民法等の一部改正法・相続土地国庫帰属法の制定をふまえて—」立命館法学401号、p.305)」と指摘されている。

49) 改正前は利用円滑化法38条に規定されており、不在者財産管理人(民法25条1項)及び相続財産管理人(同法952条1項)が定められていた。不在者財産管理人は「家庭裁判所の監督を受けながら、残留財産の原則的維持に努めることになる(佐久間(2008), p.25)」、「不在者の財産は、裁判所の管理のもとに管理されるが、その内容は、不在者の生存が明らかとなり、不在者が財産を管理することができるようになるまでの暫定的な財産の保全である(石田穰(2014)『民法総則』, 信山社, p.249)」とされており、不動産の処分には抑制的であるべきである。それに対し、相続財産管理人は相続人がいない場合に相続財産の管理、清算を行い残務財産を国庫に帰属させることが職務内容であるため、相続財産の清算に伴い不動産の処分を行うことが想定されている。しかし一方で不在者財産管理人制度もまた「不在者本人の利益のためであるとともに、その推定相続人……など利害関係人の利益

のためにも認められる制度である(幾代通(1984)『民法総則〔第二版〕』, 青林書院, p.85)」。この制度の場合、「相続が開始し遺産分割が行われる必要があるが、共同相続人中に不在者があるため、遺産分割の協議ないし審判手続が行われえない場合にこの制度が利用され、不在者財産管理人を当事者の一人として、遺産分割の手続がなされることが多い(鈴木禄彌(2003)『民法総則講義 二訂版』, 創文社, p.13)」のが実態である(検察官は公益の代表者として申立ができるが、そのような例はほとんどなく、「ごくまれに行路病死者の遺産管理等について」なされるのみである(谷口知平編(1964)『注釈民法(1)総則(1)』, 有斐閣, p.263))。このように、相続財産管理人も不在者財産管理人も相続関係の問題の解決に資する制度であると言って差し支えない。所有者不明土地についても所有者が誰であるかわかっているがその所在がわからないときに相続が発生したような場合には所有者不明土地管理人制度等は効果的である。しかし、今回の改正で追加された所有者不明土地管理人等が相続以外の場合に不動産を処分することについては抑制的に解すべきである。

50) 「財産管理制度を活用する場合には、措置の対象となる管理不全土地の売却など行うことも可能であり、管理不全状態の解消だけでなく利活用につなげることも可能です(国土交通省不動産・建設経済局「所有者不明土地の管理の適正化のための措置に関するガイドライン」p.28)」とあるが、所有者不明土地を売却したことが利活用につながる保障はない。

51) 例えば、「マンションの建替えの円滑化等に関する法律(平成14年法律第78号)は、もともとは建替えのための法律であったので「建替えの円滑化等」という表現が用いられていた。ところが、2014(平成26)年の改正でマンション敷地売却制度(同法106条~108条)が新設されたため、マンションの建替えについてのみ定めた法律ではなくなり、「マンションの建替え等の円滑化に関する法律」に名称が改められた。しかし、今回の利用円滑化法改正においては、名称を「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」のままであり、「利用等の円滑化」には改められておらず、また1条の目的規定にも改正は行われていない。目次中「円滑化」の下に「及び管理の適正化」を加え、「第三節 不在者の財産及び相続財

産の管理に関する民法の特例（第三十八条）」を「第三節 所有者不明土地の管理の適正化のための措置（第三十八条―第四十一条）」、「第四節 不在者の財産及び相続財産の管理に関する民法の特例（第四十二条）」に改めただけである。よって、改正後の利用円滑化法の主要な目的は所有者不明土地の利用の円滑化に管理の適正化が加えられただけであり、積極的に所有者不明土地の売却を進めることは考えられていない。よって、利用円滑化法 42 条 2 項に該当する場合でも売却については抑制的に解するのが妥当である。

52) 自創法 9 条 2 項各号に定められた公告すべき事項は、買収すべき農地の所有者の氏名・住所、農地の所在・地番等及び面積、対価、買収の時期（同項 1 号で引用する同法 6 条 5 項）、対価の支払いの方法及び時期（9 条 2 項 2 号）、その他必要な事項（同項 3 号）である。

53) 本稿の「みなし放棄制度」は、後述するように、憲法 29 条に抵触しないよう所有者不明土地を取得するときは対価を供託するという制度を採用している。このことは、本文で紹介した農地法の諸制度同様、公共の用に供する土地を取得する制度である土地収用法（同法 95 条 2 項 2 号）に近いものであることを示している。

54) 農業協同組合法等の一部を改正する等の法律（平成 27 年法律第 63 号）が 2016（平成 28）年 4 月 1 日に施行され、これにより農地法が改正されるまでは「農地生産法人」と呼ばれていた。

55) 北海道の原野を所有していた A が死亡し X らが相続したが、登記名義は A の先代である甲のままであった土地について、北海道知事は登記簿上の所有名義人甲が所在不明であるとして、昭和 27 年制定当時の農地法 50 条 3 項により買収令書の交付に代える公告をなし、買収対価を供託して買収手続を完了したことにつき、相続人 X らが買収処分は必要な調査を尽くさず、漫然と死者甲を相手に公告によってなされたもので無効であるとして争った事例につき、下級審では「北海道知事において本件土地の登記簿の記載をてがかりに簡単な調査をしさえすれば、A は既に死亡し X らが承継していることおよびその住所等を容易に判明しうる状況にあったのであるから、本件買収処分は手続上の瑕疵のため無効（松久三四彦(2009)「前主の無過失と 10 年の取得時

効」、中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選 I 総則・物権[第 6 版]』、有斐閣、p132）」と判断した（最判昭 53 年 3 月 6 日民集 32 卷 2 号 135 頁、上告審では予備的抗弁である時効取得が認められ原告は敗訴したが、本件買収処分が無効であるという判断は変わらなかった）。下級審の事実認定では不動産登記を調べただけで所有者の所在が不明であるとした北海道知事の手続は杜撰であり有過失であると判断されている。ただし、買収すべき土地の選定について所有者に個々に通知する必要があるが、「法 46 条の調査は、登記簿につきする……（農地法施行規則 26 条）」と定められているのみであった。また、買収令書の交付をする相手方は買収する土地物件の所有者であるが、「所有者の確認は登記簿による。登記簿上の所有者以外に真実の所有者のあることを知っているときはその者に交付する（和田(1988),p242)」と解されていた。よって、北海道知事の調査が登記のみであったのはやむを得ないと言うことができる。いずれにせよ、昭和 27 年の農地法制定当時における運用ではそれほど厳密な調査を求めていなかったようであり、このことは上記の判決が認定した事実を見ても分かるところである。

56) この条文は、農地法の一部を改正する法律（昭和 37 年 5 月 11 日法律第 126 号）により新設されたときは 15 条の 2 に規定されていた。その後、農地法の一部を改正する法律（平成 12 年 12 月 6 日法律第 143 号）により 15 条の 3、さらに農地法等の一部を改正する法律（平成 21 年 6 月 24 日法律第 57 号）により 7 条に改められた。

57) なお、平成 21 年法改正（農地法等の一部を改正する法律(平成 21 年 6 月 24 日法律第 57 号)により新設された 7 条 3 項（農業経営基盤強化促進法等の一部を改正する法律(平成 30 年 5 月 18 日法律第 23 号)により本文のように改正された）では「過失がなくその者を確知することができないとき」と定められており、具体的には「登記簿等による農地等の所有者の居所の確認、農業協同組合等関係者への聴取り等社会通念上必要と考えられる手段をもって調査を尽くし、これによっても買収すべき農地等の所有者が不明である場合、その者が明らかであるが居所が不明である場合、買収すべき農地等の所有権の帰属をめぐって争いがある場合」等がこれに該当する（事務次官通

達「農地法関係事務にかかる処理基準について(平成28年10月11日28経営第1462号)」と解されている。なお、「農業経営基盤強化促進法等の一部を改正する法律(令和4年5月27日法律第56号)」により「農地中間管理事業の推進に関する法律(平成25年法律第101号)」が改正され、共有者が不明である農地等に係る農用地利用集積等促進計画の同意手続の特例が定められており(当該改正で、農業経営基盤強化促進法から農地中間管理事業の推進に関する法律に移管された)、同計画の公示の日から2月以内(同法22条の3・5号、従前は6月以内)に「異議を述べなかったときは、当該不確知共有者は、農用地利用集積等促進計画について同意をしたものとみなす。(同法22条の4)」とされている。これもまた所有者不明土地の所有者に権利主張の機会を与えておいたにも拘らず応じないときは明示的・確定的に当該土地の放棄の意思表示をしたものと見做す規定と同様の考えに基づく見做し規定であると理解することができる。

58) 公告を官報等の公報ではなく、Webを活用している点で参考になる。少なくとも、動産についてはWebを活用しネット上で公告を行えば十分であると考えられる。

59) 預金者の金銭債権は休眠預金等代替金請求権になり、本来であればこの請求権は10年の消滅時効(民法166条1項2号)で消滅すると考えられる。しかし、実際には預金保険機構は時効の援用をしないのではないかと考えられる。なぜなら、銀行の預金債権も同様に10年で消滅するが、実際には10年を超えても銀行は預金の引き出しに応じているからである。「銀行が預金債権の存在を確認できる以上は時効を援用しない慣行ないし取り扱いがあるとされている(能見善久(2012)「預金債権の消滅時効について」金融法務研究会報告書(19)第1章)のであり、信義則や公平の観点から預金保険機構が消滅時効を援用することはないと解するのが妥当であろう。

60) 条例webによると、178自治体において放置自動車の処理等に関する条例が定められている。

(<http://www.jourei.net/main/regulations/103/>)

61) 私有地への不法駐車が問題となっているが、所有者が所有意思を有しているため対応が難しい。擁壁のある建造物内に設置

されている駐車場であれば建造物等侵入罪(刑法130条)の適用が可能であると解されるが、実際に適用されるかは疑問である。62) 令和6年度に第7次国土調査事業十箇年計画の中間年を迎えるに当たり、土地の境界や所有者を明らかにする調査(地籍調査)の加速化に向けた見直しとして、「国土調査のあり方に関する検討小委員会」において取りまとめられた報告書(令和6年3月29日公表)を踏まえ、地籍調査作業規程準則を改正したものである。

63) 吉田教授は、みなし放棄制度について、「所有権に関する伝統的考え方からすると、単なる放置によって放棄意思を認定することは難しい(吉田(2018c), p.69)」とし、みなし放棄の認定には黙示の意思表示を認めることができるかが問題となり、これを肯定するためには一定の行為義務に対する不履行が必要であるとする(吉田(2018b), p.30)が、埋蔵物の規定は、動産を占有することなく長期間放置することに加え、一定期間の公告に対して名乗り出ないことにより所有者は当該埋蔵物の所有権を喪失するというものであり、公告に対する不作為が行為義務違反に当たる(その結果、所有権を放棄する意思を表示したと法的に評価される)と考えられる。時効制度についても、後述するように同様の性質を見ることができ。このような埋蔵物規定や時効制度に関する考え方を所有者不明土地についても適用しようというのが本稿の趣旨である。

64) 時効についてはギリシャ・ローマ時代から賛否両論あり、ユスティニアヌス帝は「時効を『不道徳な保護(impium praesidium)』と呼んだ(星野(1978), p.173)」ということである。この点に関し、「1)「説は「開き直り」という批判がある(大村敦志(2005)『基本民法I[第2版]』, 有斐閣, p.129)。

65) 土地の境界部分を超えた土地についても長期取得時効することができるが、この場合は「長期間継続した事実状態を基礎に何か新たに法律関係が生じたこと(佐久間(2008), p.391)」にはならず、1)説では説明できない。

66) 判決にも「時効取得の主張において、すでに前主が時効取得しているとの主張がなされ、これが認められる場合は、極少ない…。時効取得制度が、事実状態を信頼した者を保護するための制度である、とする説は、ここにおいても、実態にそぐわないことが示されたものといえよう(星野(1978),

p.268)」と星野教授が述べておられるように、「事実状態の尊重」説は説得力に欠けていると言わざるを得ない。

67) 短期取得時効制度に関しては、10年の短期で占有者による所有権の取得を認めるために第三者の善意・無過失を要求しており、それにより制度の正当性を確保している。

68) 星野教授も判例分析において、「裁判所も他人の物の侵奪者に容易に権利を与えていない(星野(1978), p.264)」、「裁判所も境界侵害者に容易に権利を与えない(同)」、「悪意者自身の時効取得が認められるのは、例外的である(同 p.266)」る、「否定例の多いのが、③原因不存在型と、⑥境界紛争型であることは、……取得時効制度が他人の物の侵奪者に権利を与えるものとして運用されてはいないことを示している(同, p.267)」と解説しておられるように、裁判所は悪意者に時効取得を認めることについて慎重な判断をしているが、これは本文に述べたように、裁判所が悪意者に加担することがないよう配慮しているからであると考えられる。

69) 多くの民法学者は、所有物を放置するのは自由であると述べている。しかし、時効により所有権が占有者に移転し、反射的に真の所有者が所有権を失うことを是認するのであれば、みなし放棄制度により所有権を喪失することもまた是認されるべきであろう。

70) 星野教授は「非権利者・非弁済者が利得を得るようなことはできるだけ避けるのが望まし(星野(1978), p.188)」いと述べておられるが、妥当である。

71) 星野教授は「どんな制度も悪用される危険はあり、悪用の危険と本来の利点と比較して、後者が著しく大きければこれを採用することになるのである。このように考えると、右の趣旨に合しない限り時効を認めないほうがよいと解すべきことになる。大ざっぱにいうと、あまり時効を広く認めないほうがよいこととなる(星野(1971), p.251)」とされる。悪意の占有者側の理由のみで長期取得時効の存在理由を説明するのは困難であると言わざるを得ず、本文4)で述べたように、真の所有者側の所有権を喪失する理由と併せて初めて長期取得時効制度を正当化し得ると考える。

72) もっとも、すでに星野教授は「不動産取得時効につき、所有権を持ちながらその利

用を怠っている者と、その現実の利用者との関係において、後者を保護して所有権を与えるのが妥当である、とする、いわゆる『所有から利用へ』といった感覚が潜んでいるのかもしれない。……しかし、今日においては、取得時効によって『所有から利用へ』の要請をごくたまに充たすことがあり、その点からこれが時効の一機能ではあるとしても、公簿の整備などからこれはほとんど稀であり……、そもそもこのために時効を考えるなどはあまりに小手先のわざである(星野(1978), p.175-176)」と批判されている。しかし、不動産登記制度が整備されており、所有者不明土地がきわめて少ない独仏(拙著(2017)参照)と異なり所有者不明土地が大量に生じている我が国においては「公簿の整備」が必ずしも十分であるとは言いがたい(筆者も迷惑している。注10)参照)。よって、我が国においては「所有から利用へ」という要請は長期取得時効の存在理由に十分なり得ると考えられ、さらに4)で述べるように所有者が土地所有権を放棄したと看做せることと併せることにより長期取得時効を根拠づけることができるのではないだろうか。

73) しかしながら、所有する土地を放置している場合にその土地を他者が有効活用するためには、例えば民法の所有者不明土地管理人制度や利用円滑化法のような複雑な手続を経る必要がある。それと比較すると、長期取得時効制度は単に占有を継続するだけであり、土地所有者の失う権利の大きさを全く軽視しており、「近代法の強い権利観念と矛盾する(川島武宜(1965)『民法総則』, 有斐閣, p.548)」と言わざるを得ない。星野教授は、川島教授のこの指摘を引用し、「中世以来特にキリスト教の影響により道徳観念に反するとされてきたのであった(星野(1978), p.179-180 注(五))」と指摘されている。

74) 権利放棄的時効把握の例は古来よりあり、例えばユスティニアヌス帝が編纂させた「学説類集」にも見いだされるという(曾田(1992), p.220 注(97)参照)。また、グロティウス(同, p.213、加藤(雅)・加藤(新)編(2008)「時効とは何か」, p.168[加藤雅信教授発言])やクリスティアン・ヴォルフ(曾田(1992), p.214)も時効を権利放棄的に考えており、プーフェンドルフは所有者が誰であるかは公益にとってどうでもよく、「土地を現実に利用する人がいて、土地の効用

が發揮されることが重要（加藤(雅)・加藤(新編(2008)「時効とは何か」, p.172[金山直樹教授発言]）」であると考えていた。

75) 草野教授は、所有権放棄説について、「取得時効により所有者が所有権を失う根拠は提示されているものの、なぜ占有者が所有権を取得しうるかという説明は十分になされておらず、これでは、取得時効の存在理由を解明したということにはなりえない（草野(1996), p.11）」と批判されているが、この批判はもっともである。しかし、本文のように財の効率的利用という観点から考えれば占有者が占有する土地を取得する理由を説明できると考える。（本稿で述べるみなし放棄制度は、土地所有権を取得する者が占有しているわけではなく、今後利活用を行うことになるため、一定の公的な利用を義務づける必要がある）。

76) 「Jhering, a. a. O., S.210 ff. は、所有権保護の基礎にたつて、事実的支配状態再現の可能性があろうとも、所有者が通常有するような仕方にと人と物の関係がなければならぬから、等閑によって占有を失うものであり、かつこれは意思による喪失ではなく体素による喪失であるという。Biermann, a. a. O., Komm. zum § 856 は、自己の支配内に非ざる物に対する継続的不作為は占有の喪失をもたらすという（田中(1975), p.21 注(4)）」。

77) 遺失物法に従い、所有者の存在がほぼ確実である遺失物と同様の手続により所有権の帰趨が決められることを見ても所有者が存在することは明らかであり、後述するようにドイツ、フランスにおける埋蔵物とは明らかに法的な位置づけが異なっている（速記録二, p.30 以下参照）。

78) 「起草者によれば、ドイツ民法は、埋蔵物を久しい間他の物の中に埋蔵して所有者の判らぬようになつた物をいうと定義し、その代わりその埋蔵物を発見したものは直ちに所有権を得ると規定しているが（ド民 984）、わが国では埋蔵物ということばはそれほどの意味をもっていないし、その物の性質情況からして所有者が判らなかつた物と認定することははなはだ困難である（川島編(1968)『注釈(7)』, p.281[五十嵐清執筆]）。富井博士は、「我國ニ於テ埋蔵物ト云フ言葉ガ夫程ノ意味ヲ持テ居ラナイノミナラズ其物ノ性質情況ヨリシテ所有者ノ分ラナクテモ後ニ所有者ガ出テ来タ時ハドウスルト云フ處分ガ極マツテ居ラネバ困マ

ル（速記録二, p.32）」と述べ、我が国民法における埋蔵物はドイツとは違い、真の所有者がいることを前提にしていることを明確に述べておられる（そして、真の所有者が現れたときの対策を講じていないドイツ民法草案を批判している（同旨：川島編(1968)『注釈(7)』, p.281[五十嵐清執筆]、次注も参照）が、ドイツ民法における埋蔵物は所有者がいないことを前提にしており、真の所有者が名乗り出るとはほとんどありえないため通常の消滅時効で対応すれば問題はないと考えていたというべきであろう）。また、フランス民法も、埋蔵物を「何人も自己の所有権を証明できない物」としていることから、ドイツ同様（むしろ、より強く）所有者がいないことを前提としていると考えられる。

79) ドイツ民法 984 条 永年埋没シタルニ因リ所有者ヲ知ルコト能ハザルニ至リタル物(埋蔵物)ヲ発見シ且発見ニ因リ之ヲ占有シタルトキハ、発見者ハ其ノ所有権ノ一半ヲ取得シ、他ノ一半ハ埋葬物ヲ埋没シタル物ノ所有者之ヲ取得ス（於保・高木(1955), p.141 における翻訳の旧字体を改めた）。

80) ただしドイツの場合、「発見当時は、客観的に見て『所有者を知りえない』埋蔵物であったが、後に特殊な事情から、もとの所有権を証明しえた場合の取扱いは、不明である（川島・川井(2007)編『新版注釈(7)』, p.392[五十嵐清・瀬川信久執筆]）」が、「後に所有者が出てきたときどうするかという処置が定まっていることが必要であり、ドイツ民法のような規定ではいけない（川島編(1968)『注釈(7)』, p.281[五十嵐清執筆]）」と批判されている。しかし、吉田教授は「埋蔵物の定義からして、元の所有者がその所有権を証明すると、その物は『埋蔵物』ではなかったことになり、返還請求が可能になる（吉田(2023), p.278）」とされる。

81) 無主物先占は、ローマ法以来広く各国で認められている（川島編(1968)『注釈(7)』, p.271[五十嵐清執筆]）。民法起草者の梅博士は「如何ニ幼稚ナル法律ニ於テモ皆認ムル所（梅(1911,1984 復刻), p.162）」としている。ドイツでは、無主の動産については独民 958 条～964 条の規定により占有者に帰属、無主の不動産については独民 928 条の規定により国による先占権が認められており、この点は日本と似通っている。

82) ただし埋蔵物は「永年埋没シタルニ因リ所有者ヲ知ルコト能ハザルニ至リタル物

(独民 984 条)」でもあるので、包蔵物である土地の所有者と折半することとされているが、これは我が国でも同様である。我が国民法起草者である富井博士は、その立法理由として「他人ノ所有地ニ於テ発見シタ場合ハ半分ハ埋没地ノ所有者ニ與ヘル二人ガ折半スルト云フコトハ是レモ強イ理由ハナイデアリマスガ大抵昔カラ然ウナツテ居ル何處ノ國デモ然ウナツテ居ルト云フ廉ヲ以テ其例ニ從テ差支ナイト思フ(速記録二, p.31)」と述べておられるのみである。

⁸³⁾ なお、無主の不動産については、独民 928 条参照。我が国のように当然に国庫に帰属する(民法 239 条 2 項)のではなく、国(ラント。連邦政府ではない)に先占権が認められるだけである。しかも、先占といっても占有を開始するだけでは足りず、所有者として土地登記簿に登記されなければならない。また、国が先占権を放棄した場合は、私人が即時に先占できる(田處博之(2015)「土地所有権は放棄できるか—ドイツ法を参考に」論究ジュリスト No. 15, p.84)。⁸⁴⁾ ローマ法においては「埋蔵物とは、有体物が久しく地中に埋めてありて遂に其の所有者を探知し得ざるものを云う。所有者を探知し得ずの文字を重く見ざるべからず。若し所有者を探知し得るときはたとひ地中に埋めたるもローマ法はこれを埋蔵物として取扱うことを許さず(吉原達也編(2010)「千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(5)完」広島法学 33 卷 3 号, p.72)」とされており、所有者保護を重視する考え、すなわち所有者不明土地については、公共事業等の事業者が徹底した所有者探索を行う必要があるとする立場からはローマ法の考え方のほうが適切であると評価されよう(ローマ法では遺失物について特別の規定はなく、事務管理の一環とされていた(川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.381[五十嵐清・瀬川信久執筆])。この立場を徹底すると、6 か月の公告だけで所有権を奪う現行民法及び遺失物法の埋蔵物に関する規定は憲法 29 条からみて問題があると解することになる。逆に 6 か月の公告は適正な手続であり、埋蔵物規定に特に問題がないと考えるのであれば、所有者不明土地について、後述するように一定期間の公告後適正な対価を供託した上で所有権移転を行っても憲法上特段の問題は生じないと考えられる。

⁸⁵⁾ 善意の第三者保護規定について、ドイツでは、動産は即時取得(独民 932 条 1 項)、

不動産は公信の原則(独民 892 条)を定めているのに対し、我が国では、動産の即時取得(民法 192 条)はあるが、不動産については何ら規定が存在しないのは、結果的に法の欠缺ではないかと考えられる。立法者は民法 162 条 2 項と 192 条を対応させており、善意無過失で不動産の占有を始めた場合は前者、善意無過失で動産の占有を始めた場合は後者の問題であると考えていたようである(石田(穰)(2008), p.265)が、不動産に関しては 10 年間の占有が必要であるため善意の第三者保護としては十分ではなく、そのため 94 条 2 項類推適用説等で欠缺部分を充足する必要性が生じたのである。

⁸⁶⁾ 当時、埋蔵物のことは「宿蔵物」と呼ばれていた(瀧川政次郎(1927,1985 復刻)『日本法制史(上)』, 講談社学術文庫, p.244)。

⁸⁷⁾ 「埋蔵物を発見するときは誰れの所有に帰せるかと云うに古ローマ法にては地主の所有に帰せるなり。共和帝政時代、当時これについて種々の学説ありき。或は地主の所有に帰すると云う説あり。或は発見者の所有に帰するあり。或は国庫の所有に帰する説あり。Hadrianus 皇帝はこれを定む。埋蔵物を折半して半分を発見者に与え、他の半分を地主に与うることとす。若し其の地所が公有地なるときは一半は国庫又は自治体の所得となる。但し発見者が故意に埋蔵物を探して掘出すときは、悉くこれを地主又は国庫、自治体に引渡す。又寺院又は墓地の如く神法物中より偶然に埋蔵物を……発見せるときは Jus [tinianus] の Institutiones によると悉くこれを発見者に付与することとなる。Digesta の文面によるときは其の半分を国庫の所得することとす。かくの如く前後附合せざるは全く法典編集者の相違なり(吉原編(2010), p.72)」とあり、ローマ法における埋蔵物の取扱いは時代によって異なっている。一方、スイス民法では、埋蔵物は包蔵物の所有者の所有に帰するとされており、発見者は相当な対価を得ることができるだけである(川島編(1968)『注釈(7)』, p.281[五十嵐清執筆])。五十嵐教授は、スイス民法の規定の方を合理的であろうとされる(同)。

⁸⁸⁾ 旧民法においては、埋蔵物は無主物とされていた(法務大臣官房司法法制調査部監修(1987)『法律取調委員会 民法草案財産取得編議事筆記 自第四十二回 至第四十四回』, 商事法務研究会, pp.75) ため、独仏と同様無主物先占になる。

89) フランス民法では、偶然に得たということ埋蔵物の要素としており、他人の所有地内で故意に探して発見した物は埋蔵物ではないとされている。そのため、労力報酬説で説明することはさらに困難である（速記録二、p.31）。

90) 「財の有効利用」という観点から見れば、埋蔵物規定の根拠は、所在不明になっていた財産を発見したことにより当該財産を有効に活用できる状態にした発見者への報償であると言うことが可能である。

91) そのため、「郵便受函・牛乳受函などに投入された物ほもとよりのこと、知らない間に届けられた注文品などについても、かような意思があると解すべきである（我妻・有泉(1983), p.468）」とされる。しかし、「知らない間に庭になげこまれたゴムまり、郵便受函にほうりこまれた蛇（田中(1975), p.146）」などは占有の意思は認められないという見解もある（同旨：舟橋(1960), p.288、ただし「所持そのものの成立しない場合と解されるべきではなかろうか」ともされるが、これは後述するように舟橋教授が「自己のためにする意思」につき純客観説を主張しているからであろう）。郵便受函に入れられるのは郵便物、新聞、チラシであるというのが一般的・包括的な意思であると解される。それに対し、蛇やゴミは通常郵便受函には入れられないので、自己のためにする意思は認められない。よって、後者の説が妥当である。では、泥棒が警察官に追われている途中、郵便受函にダイヤの指輪を隠したときはどうであろうか。この場合も、ダイヤの指輪のような価値がある物が郵便受函に入れられることは一般的であるとは言えないので、やはり自己のためにする意思は認められないと解すべきである。同様に、価値のある物が包蔵物の中に埋まっていることは一般的であるとは言えないから、埋蔵物についても自己のためにする意思を認めることはできない。

92) 岡山地津山支判昭和 40 年 1 月 19 日判時 400 号 8 頁（「史書に基づき発掘された八咫の鏡の所有権のきすう」）は、史書に基づき廃社跡から鏡を発掘した郷土史研究家及び鏡を奉還された神社（無主物先占を主張）を本来の所有者（この者が創設した神社に鏡を奉納したが、その後廃社となり鏡は埋められた）の子孫（相続又は時効取得を主張）が訴えた事案である（さらに原告から土地を購入した現在の土地所有者も訴訟に参

加している（埋蔵物とし、折半を主張）が、子孫が鏡が埋まっていた山林を所有していたことを認めつつ、「その間、同人らが、本件山林を本件発掘現場を含めて所有の意思をもつて占有していたことは容易に推認できるが、そのような土地の占有をもつて（その当時から本件発掘現場の地中に本件物件があつたとしても）、直ちに本件物件の占有であるということとはできない」と判示した。また原告の先祖の所有自体を否定（時効取得も否定）し、「本件全立証によるも、本件物件が、無主物でなく、所有者はあるが、その誰であるかが不明であるに過ぎないところの民法 241 条の埋蔵物であると認めることはでき」ないと判示した（原告の先祖は鏡の寄託を受けただけであり所有権を有していなかったため無主物と認定したものであり、仮に原告が、原告の先祖が鏡の贈与を受けていたことを証明できていれば、埋蔵物と認定される可能性があつたと考えられる）。

93) 注 95)で引用する高松地判平成 12 年 7 月 17 日判タ 1101 号 272 頁は、地中に現金を埋めた本人が場所を失念したが、現金がその所有地内に埋めてあることは明白であり、そのため当該所有地を売り払い引き渡した時点で現金の占有を喪失したと解しているが、これはあくまで本人が物を埋めた場合であり、通常の埋蔵物には当てはまらない。

94) ボアソナードによる旧民法では、偶然に発見された埋蔵物について、発見者（意外に発見した包蔵物所有者を含む）は先占により所有権の半分を取得し（旧民法財産取得編 5 条 1 項）、包蔵物所有者は残りの半分を添付により取得する（同法 23 条 1 項）とされており（川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.388[五十嵐清・瀬川信久執筆]）、また、包蔵物の所有者又は第三者が捜索して発見した場合は、包蔵物の所有者が添付により全ての所有権を得る（同 3 項）とされていたが、現行民法の採る立場ではない。

95) 遺失物と埋蔵物の違いについては、下級審判決に興味深いものがある。高松地判平成 12 年 7 月 17 日判タ 1101 号 272 頁は、土地の売主が地中に 4,000 万円の紙幣が入ったクーラーボックスを埋めておき、その後探したが発見できないまま当該土地を売却し引き渡した。その際、この土地にはタイムカプセルが埋められているから工事前に連絡してほしいと口頭で申し入れていた

(が、契約書には明記されなかった)。その後、工事中に建設会社の社員がクーラーボックスを発見したという事案で、発見者がこの紙幣は遺失物又は埋蔵物であるとし、報労金の支払を求め提訴したものである。判決は、土地を買主に引渡した時点で売主は埋めておいた紙幣についても占有を失ったとし、この紙幣は遺失物であると判断した。この事案では、所有者は4,000万円の紙幣について占有を失っただけであり、所有の意思を有していることは明らかであるので、裁判所が遺失物と判断したのは適切であると言える。本文で述べたように、占有の喪失に加え所有の意思の不存在があつて初めて埋蔵物と判断することができるのである(なお、吉田教授は、この事案の占有の喪失について「微妙な判断と思われるが、A(引用者注:土地の売主のこと)に於ける紙幣発掘の事実上の困難性・意欲の乏しさが占有離脱の判断を支える大きな要素になっていると言えようか(吉田(2023), p.263)」とされている)。

96) なお、「刑法における占有とは、より現実的な概念であつて、当該財物に対して事実上支配・所持することを意味し(須之内克彦(2014)『刑法概説各論[第2版]』, 成文堂, p.120)」、「観念的な占有は含まれず、また、相続による占有の継承ということも認められない(西田典之(2009)『刑法各論[第4版補正版]』, 弘文堂, p.133)」。このように、刑法学においては占有の考え方が民法学とは異なるが、判例では、1500年以上を経た古墳内の埋蔵物である宝石・鏡・剣(大判昭和8年3月9日刑集12巻232頁、「所有者不明の埋蔵物として占有を離れた他人の物である」とする)、埴輪・木棺(大判昭和9年6月13日刑集13巻747頁)なども、占有離脱物であるとしている(大塚仁(1987)『刑法概説(各論)[改訂版]』, 有斐閣, pp.304-305)が、これは「埴輪等が無主物ではないという前提に立つものである(遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一(1996)『民法(2)物権[第4版]』, 有斐閣双書, p.189)」。埋蔵物も同様に無主物ではない(速記録二, p.31の富井博士発言)。ゆえに、通常の埋蔵物の不法領得についても占有離脱物横領罪(刑法254条)が成立すると考えられる。しかし、梅博士は、刑法254条の「『占有ヲ離レタル他人ノ物(引用者注:現在は「占有を離れた他人の物)』ノ文字ヲ以テ埋蔵物ヲモ網羅セント

欲シタルカ如シト雖モ聊カ不明タルヲ免レス(梅(1911, 1984), pp.167-168)」と批判されている。一方、民法学では、「発掘された古代人類の古墳およびその中に埋蔵された物品……は、無主物であつて、埋蔵物ではない(川島編(1968)『注釈(7)』, p.280[五十嵐清執筆])」とする見解が有力であるが、「これらにつき無主物先占による所有権取得を認めるのは不当である。……古墳中の物品のように包蔵物から別個独立し包蔵物の所有者の所有物と言えないときには、無主物先占者が単独所有するのではなく、本条を適用して発見者と包蔵物の所有者が共有するとすべきである(川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.390[五十嵐清・瀬川信久執筆])」という反対意見もある。

97) 6.6.4)の対価の確保については、(1)通常埋蔵物は長期間埋蔵されていることが多く、そもそもその存在自体忘れられていること、(2)現在の所有者が不明であり、さらに公告期間内に所有者である旨の申出がないことから、所有者が現れる可能性は極めて小さいため、この要件は不要であると考えられる。

98) ドイツやフランスのように埋蔵物が無主物であるかのような規定にしないのは、前述したように我が国民法における埋蔵物は、富井博士の述べるように無主物ではなく、所有者の存在を前提としているからである。

99) 「不動産としての建物……が埋蔵されているという事態は、現実にはまず想定しにくい。建設的な物が埋蔵されているとしても、発見者には建物を保持しうる土地使用権原があるわけではないから、それは、動産である建築資材としてしか評価されないであろう(吉田(2023), p.279)」。よって、現実問題としては動産と同様に考えて差し支えない。

100) 「所有権は消滅時効にかからないので、かつて地中に埋められた小判等は、埋められた当時の小判所有者の相続人の所有物である(加藤雅信(2005)『新民法大系II 物権法(第2版)』, 有斐閣, p.275)」。

101) この点で埋蔵物は無主物と区別される(川島編(1968)『注釈(7)』, p.280[五十嵐清執筆])。

102) 反対:石田(穰)。「所有者が誰であるかが容易に分からないことは埋蔵物にとって特に意味がないのであり、遺失物の場合にも所有者が誰であるかが容易に分からないこ

とは要求されていないのと同じである（石田(穰)(2008), p.340）」とされる。所有者が保管のために埋蔵し埋蔵場所を確知している場合であっても、一般の人にとって誰が所有者であるか容易に分らなければ埋蔵物となり、発見者は報労金を取得することができるのは妥当でないことを理由とするが、この場合は、所有者が占有を失っていないので埋蔵物ではないと解すべきである（さらに、所有の意思も有している）。なぜなら、遺失物法では、埋蔵物は「占有を離れた物（同法1条）」と定義されており、また本文中で引用した最高裁判例（最判昭和37年6月1日訟務月報8巻6号1005頁）も、所有者が占有を失っていないことを埋蔵物ではない理由としているからである。

¹⁰³⁾ 所有者が不明となった原因は、動産にあっては埋蔵されたこと（埋蔵物の多くは、本来の所有者が意図的に埋めたものである（川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.392[五十嵐清・瀬川信久執筆]）、すなわち所有者の積極的行為による）、不動産にあっては登記を移転せず放置していること（所有者の消極的行為による）であり、積極、消極の違いはあるがいずれにせよ人為的に所有権の所在が不明になっている点が共通している。

¹⁰⁴⁾ しかも近年の判例は、相続土地の取引の安全よりも被相続人の意思を重視する傾向にあり、相続財産の取引は著しく危ういものになっていた（水野(2007)）。このような不動産登記制度を形骸化する判例が、相続土地の登記申請の軽視を助長していることを忘れてはならない。これに関しては「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律（平成30年法律第72号）」により、相続させる旨の遺言（令和2年7月1日以後は「特定財産承継遺言（民法1014条2項）」）等により承継された財産においては、法定相続分を超える権利の承継については対抗要件を備えなければ第三者に対抗できない旨の改正がなされた（改正後の民法899条の2）ことで一定の解決を見た（注8参照）。

¹⁰⁵⁾ 本稿では「占有」という用語と「占有権」という用語が混在しているが、これは占有と占有権の関係は必ずしも明らかではない（星野(1976), p.81、水辺(1984), p.265）ためである。厳密に言えば、「占有」とは「占有権」の基礎となる事実であり、「占有権」とは「占有」という事実を法律要件として生じる法的効果である（近江(2006), p.179）

が、一方で「占有権は占有を要件とする権利であるからこの区別自体に意味がない（水辺(1984), p.294、同旨：佐久間(2008), p.254）」とも言われており、占有権と占有は「互換的に読まれて差し支えない（滝沢幸代(2013)『物権法』, 三省堂, p.123）」とも指摘されている。また占有権の物権性を否定する説もあり（舟橋(1960), pp.277-278、松岡(2017), p.4）、同様の考えから「占有権」という用語を使用しない概説書もある（平野裕之(2016)『物権法』, 日本評論社, p.214）。さらに、民法起草者である穂積陳重博士が、法典調査会で占有権の条文説明の際、占有権とはどのような権利を言うのかという質問に対し、「此占有権ト云フモノハ勿論占有権ト云フモノデ定ツテ居ルノデナクシテ規定ニ依テ定マルノデアリマス此各条ニ付テ御覧ニナレバ大概分ルデアラウト思ヒマスガ夫レデ分ルナラバ何ウカ講釈ハ御免ヲ蒙リマス（法務大臣官房司法法制調査部監修(1983)『法典調査会 民法議事速記録一 第一回－第二十六回』, 商事法務研究会, p.591、加藤(2005), p.241）」と答えているように、その説明は非常に難しい。本稿では、所有権の取得及び喪失の要件としての「占有」を念頭に置いているため、引用元の文献で「占有権」という用語を用いているとき以外は基本的に「占有」という用語を用いている。

¹⁰⁶⁾ 刑法においても、窃盗罪（刑法235条）と占有離脱物横領罪（同254条）があり、占有（刑法と民法で定義が異なる）の有無で刑罰の程度に差を設けている。当然、所有者に占有がある場合の方がより保護されているのである。

¹⁰⁷⁾ 我妻博士は、占有と登記の関係について、「占有を占有訴権中心に考察するときは、占有と登記との間に特別の関係はない。しかし、占有を物権の表象としての立場から見るときは、公信の原則と公示の原則とにおいてはもちろんのこと、権利の推定および時効による物権の取得においても、占有は登記と密接な関係に立つ。すなわち、客体が動産であるのと不動産であるのとによって、占有と登記とは、併行してその作用を分けるものである。ドイツ民法は、形式の上では前の立場に立つが、登記の作用を占有のそれと併行させることを忘れていない。しかるに、スイス民法は、形式の上でも、全然後の立場に立っている。いずれの立法主義を適当とすべきかは、もとより軽々には断

じえない。しかし、注意すべきことは、民法の規定は、占有と登記との右のような関連を、形式的にも実質的にも、考慮していないことである。民法は、僅かに、公示の原則において占有と登記を対立させるが(177条・178条)、その他においては、取得時効(162条・163条)・権利の推定(188条)・即時取得(192条-194条)などを、ことごとく、ただ占有の効果とするに過ぎない。その結果、民法の規定においては、動産物権と不動産物権との取扱いを異にすべき点が看過されている傾きがある。これは、近代法における占有の表象的作用が登記とその職分を分つに至ったことを忘れたものであって、重大な欠陥といわねばならない。民法の解釈に当たってよろしく注意すべき点である(我妻・有泉(1983), p.470)」とされるが、本稿で不動産についても占有を重視するのは、まさにこの我が国民法の特質によるものである。

108) 最判昭和54年9月7日民集33巻5号640頁は、土地改良法に基づく交換分合が行われた場合には換地の上に自主占有が継続することを認めた(我妻・有泉(1983), p.466)。

109) 「相続人が相続開始時に相続を知らず物を現実的に支配していない場合、被相続人が物に対して現実的に支配していた状態が相続により相続人に移転したとはいえない(石田(穰)(2008), p.537)」という指摘があるが、この指摘によれば、たとえば遠方にいる相続人の観念的占有の承継は否定されるし、さらに埋蔵物や複数回の相続が生じ相続人が土地を相続していることを了知していない所有者不明土地についても相続人の所持が認められず、その結果占有を認める余地がないと解することになる。

110) 心素と体素の二つの要件が満たされないと占有は認められない(梅(1911,1984復刻), p.31参照)。ゆえに、この時点ですでに埋蔵物についても、所有者が相続を知らず放置している土地についても占有がないと判断することが可能である。

111) その態様(移転登記の代わりに標識を立てたが、所有者の名前が消えてしまっていた場合など)や相続発生後の経過時間(どの程度の期間かについては議論があるだろうが)によっては「所持」が認められる可能性がないわけではないと考えられるが、現実にはほとんどないと思われる(比較的最近一度か二度だけ相続があったような場合

が想定されるが、このような場合は相続人を見つけ出すのはそれほど困難ではなく、所有者不明土地にならないと思われる。そもそも、所有者不明土地の定義(利用円滑化法2条1項)からして、所有者に「所持」がないのは明らかである)。

112) 「所持を失うことの具体的な例としては、占有が侵奪される場合以外では、占有物の不使用状態が長く続いた場合が挙げられる(石口(2015), p.475)。

113) 客観説に従えば、上述のようにすでに「所持」が認められないので占有意思の有無について検討するまでもなく占有は否定されるが、念のため検討を行っておく。

114) 占有の要件である心素における議論では、当初の主観説は「所有者として物を支配する意思を有することを必要とする(所有者意思説)(稲本(1983), p.208)」としていたが、徐々に緩和され、支配者意思説、「物の所持が自己のためという意思に支えられていることで足りる(自己利益説)(同)」が主張されるようになった。最後の自己利益説(自己のためにする意思説)が現在の多数説であると考えられる(星野教授は、「実際はこれを無視するに近い解釈をする説が多数である」とされる(星野(1976), p.87)。

115) ただし、フランス法については、取得時効についてのみ所有者意思が要求されている一方で、占有訴権については明文がなく「自己のために行為する意思」で足りるとされており、日本とは必ずしも同じではない(川島編(1968)『注釈(7)』p.12[稲本洋之助執筆]参照)。

116) ドイツ民法は、第一草案では主観説を採用していたが、最終的には客観説に改めている(我妻・有泉(1983), p.464参照)。

117) 民法起草者の一人である穂積陳重博士は「自己ノ為メニスル意思(とは)、……其物ヲ所持シテ居ルコトガ自分ノ利益ニナル直接ニ利益ニナル斯ウ云フ工合ニ解シテ居リマス(速記録一, p.597)」と述べており、星野教授は、これについて「所持により事実上なんらかの利益を受ける意思(星野(1976), p.87)」と解している。

118) 石田(穰)助教授は「占有意思が占有取得の要件とされるのは何らかの利益をえるために物を所持する者を保護するという趣旨であり、それゆえ、占有意思を有しない者を保護する必要はない(石田(穰)(2008), p.512)」と主張されているが、この考え方を敷衍すれば、占有意思がなく所有意思も曖

味な所有者不明土地の所有者を保護する必要がないと解することに至る。サヴィニーも「物権は、占有を媒介として物に関して単一かつ完全に事実的支配を及ぼす所有権という形態で現れる（石口(2015), p.481)」と述べているが、所有者本人が自ら占有を放棄した所有権はその本質を欠いたものにならざるを得ないと考えられる。

119) 「animusの存否が實際上意味をもつのは、占有改定による占有の喪失の場合に限られる（川島編(1968)『注釈(7)』, p.5[稲本洋之助執筆]」という見解や「現行法上占有意思が問題となるのは、占有訴権においてのみである（水辺(1984), p.279)」という見解があるが、本稿では、埋蔵物や所有者不明土地についても animus (心素) の存在が占有の帰趨にも一定の意味を持つと考えて検討を行っている。

120) ドイツ民法 856 条においては、「占有権ハ占有者ガ物ノ事実的支配ヲ抛棄」することにより消滅するとされており、事実的支配の喪失については、「日常生活又は取引界の通念に従つて決せられる（於保・高木(1955), p.15)」と解されている。ドイツ民法においても、本文のような場合は占有を喪失したと解されるであろう。

121) 所有者不明土地については、所有者に心素、体素ともに認められないので、主観説、客観説いずれの説にしたがっても、所有者の占有は認められないことになる。

122) 穂積博士は「187 条の説明において、『占有者ノ承継人』とは包括承継人をも含み、かつ包括承継人の中に相続人を含むと説明している（水辺(1984), p.270)」。富井博士も、同じく 187 条の明文に徴して当然であるとし、占有権を一つの物権としたのだから他の財産権と区別する理由はないとする（富井(1915), p.666)。

123) かつては、占有権の特定承継の場合とは異なり、相続には意思の介在がないから占有「意思」の存在がないとして占有権は相続されないと解されたこともあり、ドイツ普通法時代に激しく争われた（近江(2006), p.188)。「比較法的にも、古典ローマ法やドイツ民法第一草案はこの点を否定して（鈴木(1976), p.399)」いた。

124) これは疑問である。本文で述べたように、蔵の中にあるモノについては、占有を忘却しても占有は失わないと評価することができるが、自らの事実的支配から離れた場所にある土地（地方に居住していた両親から

相続した山林等）に関しては占有の忘却は占有の放棄に繋がると考えられる。

125) 石田(喜)教授は「外国にいる相続人、あるいは所在不明の相続人に事実的支配が移ると言い切ってしまうことは、社会観念に照らしてみますと、擬制もはなはだしいという感じを否定でき（石田(喜) (1982), p.249)」ない（同旨：鈴木(1976), p.405)と、所有者不明の場合における占有の相続に疑問を呈しておられるが、これは重要な指摘である。石田(穰)助教授も、「相続人が相続開始時に相続を知らず物を現実的に支配していない場合、被相続人が物に対して現実的に支配していた状態が相続により相続人に移転したとはいえない（石田(穰)(2008), p.537)」と指摘される。このように、相続人が相続を知らず、相続開始後もずっと放置しているような場合は、占有の相続が失われると解すべきである。仮に相続人固有の占有が認められるとしても「長期の等閑(Vernachlässigung) (田中(1975), p.6)」によりすでに占有は失われたと解すべきであることは本文において述べるとおりである。

126) 鈴木教授によると、「ドイツ法では、相続人に属するかかる占有権を『緩やかな locker』占有権と呼んでいる（鈴木(1976), p.408)」とのことである。このような緩やかな占有権は時間の経過とともにその効力が弱まっていくと解すべきである。図-2 参照。

127) 石田(穰)助教授は、相続による占有の承継ではなく原始取得であるとする（法定占有）（石田(穰)(2008), p.537)。占有＝事実的支配であることを徹底すれば、このように解すべきであろう（鈴木(1985), p.73)。石田(穰)助教授は、さらに、民法 915 条 1 項本文を適用し「相続人は、相続開始を知った時から三か月以内に自己の固有の占有をしない場合、相続開始時に遡って法定占有を失うと解するのが妥当であろう（石田(穰)(2008), p.538)」とされるが、このように解すれば、長年にわたり放置されていると考えられる所有者不明土地について真の所有者である相続人の占有は認められないことになる。

128) 占有の相続を認めなかったローマ法やドイツ民法第一草案 (882 条 2 項) においても、被相続人について開始された時効は相続を理由に中断することはなかった（高木(1981), p.171)。相続人の利益擁護の観点

からこう解するのが合理的であったからであり、この考えは有力説の発想に近いと言える。

129) 最高裁は、客観的な占有状態に変更が生じたような場合には、相続は民法 185 条の「新権原」に当たるとし、相続人は新権原により自己の固有の占有を取得しようと判示した（最判昭和 46 年 11 月 30 日民集 25 卷 8 号 1437 頁）が、この中で「相続人が、被相続人の死亡により同人の占有を相続により承継しただけでなく、新たに当該不動産を事実上支配することによって占有を開始した場合」と述べている。

130) これは伝統的な考え方であるが、現在では必ずしも妥当すると言い切れないかもしれない。たとえば、「今まですくなくとも日本では、所有や利用を『したい』』という意思が中心となって経済が動き、法律が作られて運用されてきました。……昨今は欲しいという人がいなくなってきたのです。このような事態を、少なくとも土地所有権に関しては、法はおそらく想定していなかったでしょう（長友昭・大木満・奥田進一・小澤覚「【2018 年度秋季全国大会（学術講演会）ワークショップ報告】土地所有権放棄と法的対応の可能性」日本不動産学会誌第 32 卷第 4 号(2019.3) , pp.198-199 の奥田進一教授発言）と指摘されているところである。

131) 我が国では不動産の相続に関しては、不動産に価値があることを前提に議論が為されており、相続で紛争が生じている場合は別として、相続人が遅滞なく占有を獲得し移転登記を行うのが通常であると想定していた。そのため、相続人が相続不動産を放置するというのを念頭に置いて議論されることは少なかったと思われる（もしくは、判例によると不動産の相続については登記なくして善意の第三者に勝てた（現在では民法改正により是正措置が採られている。注 8）参照）ため、検討する必要性が小さかった）。しかし、現在問題になっている所有者不明土地は基本的に負の財産（いわゆる負動産）であり、相続人が積極的に引き受ける意思を持たない財産であるため、従来の民法の考え方では必ずしも十分に対応できない事態が生じている。本文のすぐ後で指摘する「相続人が固有の占有をいつまでに取得すべきか」という議論も、従来のような被相続人名義の土地に経済的価値があるという前提の元では検討する必要性の小さい

ものであった。

132) 近江教授は、相続人が「外国に居住しているなど、被相続人と相続人とが別居している場合には、社会通念上も『所持』の承継という観念を認めることは困難になろう（近江(2006) , p.189, 傍点は原文）」と指摘されているが妥当である。

133) これまでなされてきた議論は、主として時効取得の観点から相続人が被相続人の占有を引き継ぐことができるか、すなわち相続人は被相続人の占有継承を望んでおり、相続人を保護するためにいかにして占有の継続性を認めるかというものであった。しかし、所有者不明土地では、相続人は占有の継承を望んでいるわけではなく、むしろ自らの固有の占有を拒否したいと考えている。このような場合に、これまで行ってきた議論がうまく当てはまらないのは当然のことであろう。

134) 同様のことは、占有回収の訴で勝訴したにもかかわらず自主占有を始めない場合にも妥当する。現に「勝訴者が、数年も占有未回復のまま、取得時効の利益を主張することは是認しがたい（川島編(1968)『注釈(7)』 , p.204[松本暉男執筆]）」と解されているが、当然のことである。相続であれ、訴訟であれ、自主占有が可能な状態であるにもかかわらず放置している者に占有権者、ひいては所有権者として保護する理由は存在しないと言うべきである。このことは、本文 7.1.1.4) で述べたように、所有権を放棄する意思表示したものと見做すべきである。占有の相続が主として時効による所有権取得を念頭に論じられていることを考慮すると、このことはより明確になると思われる。

135) 土地の占有者ですら埋蔵物の占有は有していない（前掲岡山地裁判決）のだから、埋蔵物の相続人が土地自体の所有権（及び占有権）を失っていれば埋蔵物の占有も認められないのは当然のことである。

136) 「長期不在者の土地占有における第三者の隠秘先占の場合に、長期の等閑（Vernachlässigung）すなわち事実上の享受の継続的不作為によって占有の消滅をきたすものとするのが占有の事実性にかなうであろう（田中(1975) , p.6)」。我妻博士は、相続人が「相続の開始、特定の相続財産の存在もしくは所在を知っていることも必要ではない（我妻・有泉(1983) , p.484）」とされるが、相続開始後長期の等閑が生じている場合には占有は消滅したと考えるのが妥当

である。まして、価値がほとんどない、またはマイナスとなっている所有者不明土地のように、相続人が当該土地を占有する意思もなく、所有することも望んでいないような場合にまでその意思に反して占有を認める必要性はさらに小さいと言えよう。

137) このように解した場合、相続人に民法717条の工作物責任の規定を適用できるかが問題になる(同条1項但書)。現在の不動産登記制度は取引保護のため對抗要件主義を採用しているに過ぎず、たとえ登記がなくても相手方が未登記の所有者の所有権を認めるのは何ら差し支えがない(そもそも不法行為の被害者は取引上の利害関係を有する第三者ではないので不動産登記は直接的には関係がない)。所有者不明土地の相続人は、自らの懈怠、不知(相続の事実を知らなかったとしても、その原因を作ったのは本人や被相続人である)により土地の利用利益を放棄し自己固有の管理を怠っているのであるから、放置した工作物が原因で生じた損害を所有者として賠償する義務があるのは当然であるという考えもあり得る。しかし本文の7.2.5.1.1)で述べたように、相続を了知していない相続人は「工作物の瑕疵の補修をなしうる可能性のまったくない所有者」であり、責任を問うのは酷である。よって、このような場合は、民法717条1項本文に基づき占有者に責任を問うほかないと考えざるを得ない。また、登記未了の場合の工作物責任については、被害者は現在の所有者に求償するのが原則であろうが、被害者としては真の所有者がだれであるかはわからないので登記名義人に対して責任を追及できるとする見解も有力である。しかし、所有者不明土地については、実際には登記名義人である旧所有者(被相続人)は死亡しているのであるから、登記未了の現所有者(相続人)に損害賠償請求をすることになると思われる(近江幸治(2007)『民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為[第2版]』, 成文堂), p.232)。ただし、実際には一般人である被害者が所有者不明土地の所有者及びその所在を探索するのは困難である。そのため、不法行為の被害者救済の観点からも、登記による所有者確定機能を高めるべきであり、このことから相続登記義務化の必要性を理由づけることができると考えられる。

138) ここで説明したのは、直前の被相続人に占有があったと仮定した場合である。数

代にわたり相続が行われている場合には被相続人自身に占有がないので、現在の相続人に占有が認められないのは当然である。

139) 占有における「自己のためにする意思」は「所有の意思」とは異なる法概念であるが、以下の理由により区別されることとなった。「わが旧民法は、「自己ノ為メニ有スルノ意思」(財産編180)、「自己ノ有ト為ス意思」(同189)としたが、民法典起草者は、「諸国カ此所有ノ意思カ入ルト致シタ理由ハ占有ノ規定ヲ……時効ノ規定ト致シテ居リマスル所カ多イカラテコサイマス」(法典調査会速記録6巻47[穂積](引用者注:速記録一 p.593))として、時効のための占有と区別して、所有の意思を排斥した(川島編(1968)『注釈(7)』, p.12[稲本洋之助執筆])」のである。

140) 最近では異論もあるが、フランスでは、「財産の本質を主観的権利と捉え(横山美夏(2011)「フランス法における所有(propriété)概念—財産と所有に関する序論的考察—」新世代法政策学研究 Vol.12, p.266)」ている。この考えによると、所有者の主観的認識がない、すなわち自分が所有者であることを知らない所有者不明土地は法的保護に値しないことになるのではないか。

141) 「……特定の物の特定の人への排他的帰属という法現象の根底にある排他的支配意思を、所有権の本質と考えることができる。しかし、この意思は特定の法主体の内心において秘かに懐かれていけば足りるものではなく、物を独占しようとする意思が社会的に承認され、ある物がある人の支配領域＝縄張りに属することが社会的に認められていなければならない。例えば、無主物を先占した人や埋蔵物の発見者に、あるいは他人の物を長期間、自己の物にする意思をもって占有し続けた人にその物が帰属するとか、労働生産物は製造者ないし製造業者のものになるとか、契約や相続によって物に対する支配権が移ることなどが、社会規範によって根拠づけられ、さらに国家規範によって追認されていなければならない(鷹巢(2003), p.10、傍点は原文)」。そうであるならば、相続した土地を放置して顧みない、すなわち排他的意思が認められない相続人を保護する必要性が小さくなるのは当然であろう。

142) 土地の時効取得についても同様の指摘ができる。悪意の占有者である時効取得者

側にとっては、20年間の平穩かつ公然の占有が必要である。一方で、本来の所有者は、悪意の占有者（正当な所有者でありながら契約書等の証明手段を失ったような者ではない）に対してなんらの法的措置も執らない結果所有権を失うわけであるが、それは、本文で述べたように、本来の所有者は占有せず、第三者による平穩かつ公然の占有を是認又は黙認するなど所有意思が欠落若しくは希薄化し所有権を放棄したと見做されることが根本的な原因と考えられる（7.1.1.4参照）。

143) 「土地ハ財産ノ主要ナルモノナリ苟モ自ラ其ノ所有権ヲ取得シタリト為ス者ハ蚤（はや）ク其ノ登記ヲ受ケ以テ前主トノ間ノ権利関係ヲ明確ナラシムルト共ニ其ノ権利取得ノ効果ヲ第三者ニ対スル関係ニ於テ完全ナラシメムコトニ努ムヘキハ人情ノ常ナリトス土地ノ所有権ヲ取得シタリト信シナカラ永ク其ノ登記ヲ受ケシテ放置スルカ如キハ通例ノ事態ニ非ス」とする（判決中、旧字体は新字体に改めた）。しかし、最高裁（最判平成8年11月12日民集50巻10号2591頁）は、被相続人Aの息子Bの相続人である妻X1、孫X2が、Bの生前から賃貸不動産の占有管理をしており、Bの死後も引き続きXが占有管理を行い、登記済証を所持し、固定資産税を納付し続けてきた事案において、「Xらは、Bの死亡により、本件土地建物の占有を相続により承継しただけでなく、新たに本件土地建物全部を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したということができ、Xらのこの「事実的支配は、外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくもの」と解されるとしてXらの取得時効の主張を認めた。その際、①X1は本件不動産及び賃貸部分の賃料がAの相続財産として記載されている相続税修正申告書の写しを受け取ったのに格別の対応をしなかったこと、②Xらは昭和47年になって初めて所有権移転登記手続を求めたという事情はあるが、これらは名義人との人的関係などからして、必ずしも所有者として異常な態度とはいえず、所有の意思を認定する妨げにはならないとしている（中田裕康(2015)『相続と民法185条にいう『新たな権原』』、潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選I総則・物権[第7版]』、有斐閣、pp.130-131、内田貴(2008)『民法I[第4版]総則・物権総論』、東京大学出版会、pp.416-417）。他にも、最判平成7年12

月15日民集49巻10号3088頁においても、「占有者が登記名義人に所有権移転登記手続を求めず、固定資産税を負担していなかったとしても、当該事実関係の下では、他主占有事情として十分とはいえない（中田(裕)(2015), p.131)」と判示している。しかし、これらの判決は、相続人が占有を有しており、自らが自主占有であることを主張している事案であり、埋蔵物や所有者不明土地のように、本人に占有や登記もなく、自らの所有権を特段主張していないような場合には、判例のいう「他主占有事情」、すなわち、「占有者が占有中、真の所有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかつたなど、外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかつたものと解される事情」が証明されるときは、占有者の内心の意思のいかんを問わず、その所有の意思を否定（最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁）するまでもなく、より一層明確に所有の意思を否定できるであろう。

144) なお、土地所有権の放棄が認められなかった事例として、大阪高裁判決昭和53年1月23日判例タイムズ506号101頁がある。この事例は、廃川敷の所有権を取得した訴外Aが大正年代中期から昭和18年頃まで本件土地を全く維持管理することなく放置して所有権を放棄した結果、本件土地は無主の不動産となり国の所有になったとの主張に対し、原審はこれを認めたが高裁では取り消された。①この地区では、本件土地に生育した萱や芦を第三者に売却して地区の経費に充てていたが、Aは特に管理行為もせず、異議も述べなかった。②本件土地を含む地域を地元の農業実行組合が開墾するに当たり、県から開拓許可、河川敷占用許可を得た上で組合員からの出資による開拓費用を用いて開拓を行ったが、それらの一切をAの同意承諾なくして行った。また、小作料等の支払もなかったがAからの異議や苦情はなかった。③しかし、A家は当該地域を干拓した大地主で、江戸時代からその地区一帯の田畑から山林、宅地等に至るまで一切を所有していた。④Aは所有地について各地区ごとに総代を置いてすべての管理を委ねており、小作代の収納の確認のみ行っていた。萱や芦を地区で売却しても逐一報告されることはなかった。⑤原野等を未利用のまま放置していても特に異とする

状況にはなく、荒地を開墾しても黙認し、収穫が可能になり開墾費用を賄えた後に小作料を徴することとしていた。実行組合の開墾について何らの異議も述べなかったのは、A家の従来からの土地管理の方針等から当然のことであった。⑥本件土地を含む区域のうち日野川の氾濫により流水域となった部分については免訴願を出していたが、本件土地については当然自己の所有に属すると考え、その措置は取らなかった。判決は、これらの事情をもとに、①、②の事実によればAは本件土地の「所有権を放棄したことを一応うかがわせるに足りる事情とみられないではない」としながらも、③～⑥の事実からAが「大正年代中期から昭和18年ころまでの間に、本件土地の所有権を放棄したものと認めるのは早計にすぎる」と判断した。さらに国は、Aは農地改革が行われたころ、本件土地の所有権を放棄し国が所有権を取得したと控訴審において主張したが、判決は、「所有権の放棄は相手方のない単独行為であるから、少なくともその意思が一般に外部から認識できる程度になされることが必要であり、「放棄は放棄者の積極的意思に基づくことが必要である」が、Aは「本件土地の所有権を喪失したものと誤信して、その後本件土地に対する所有権の主張をしなくなり、右土地をそのまま放置したものにすぎず、みずから積極的にその所有権を放棄したものと明示・黙示を問わず到底認め難い」として所有権放棄を認めなかった。この判決は、前半の主張については③～⑥に掲げた本件特有の歴史的経緯を含む事実、後半の主張については自創法による農地改革という特別の事情により請求を棄却したものと考えられ、判決が指摘するように、通常は①及び②のような事情があれば、所有権の放棄を認定することになると解すべきであろう。

145) 相続による土地取得は登記がなくても第三者に対抗できる（最判昭和38年2月23日民集17巻1号235頁）という判例を前提とすると、本文のような考え方は相続に起因する所有者不明土地には直接には当てはまらぬように考えられるが、注8)でも指摘したように、民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律（平成30年法律第72号）により、相続させる旨の遺言（特定財産承継遺言）等により承継された財産においては、法定相続分を超える権利の承継については対抗要件を備えなければ第三

者に対抗できない旨の改正（改正後の民法899条の2）なされたため、本文で述べたように考えることも可能であると思われる。146) もっとも、本文で述べた「お綱の譲り渡し」事件判決は、「お綱の譲り渡し」後も当該不動産の所有権移転登記はおろか、農地法上の所有権移転許可申請手続さえしていないこと、不動産の権利証や印鑑も交付してもらっていないこと、家庭内の不和を恐れて権利書等の所在を尋ねることもしなかった点を捉えて、本件各不動産の所有者であれば当然とすべき態度、行動に出なかつたと認定したが、これは「あまりにも農村の実情を無視した論拠ではなかろうか（有地亨=生野正剛「④判批」民商法雑誌90巻5号748頁）」と批判されている。これは熊本県の農村の事案であるが、農村で相続登記がなされないことは、農地法制定時から所有者不明土地の買収について手続が定められているから、国にとっても周知の事実であると言える。一方、前述したように「占有者が登記名義人に所有権移転登記手続を求めず、固定資産税を負担していなかったとしても、当該事実関係の下では、他主占有事情として十分とはいえないという判決（最判平成7年12月15日民集49巻10号3088頁）も出ている（中田(裕)(2015), p.131)が、こちらは東京都江戸川区という地価の高い都会の土地であり、しかも先祖代々所有権を引き継いでいたわけではなく自創法により入手した土地であるという点を考慮すれば、この事案において移転登記を行わなかったことは「所有者であれば当然とすべき行動に出なかつた」と解すべきであろう。判決の判断とは逆に、「お綱の譲り渡し」事件では所有の意思を認定すべきであったし、江戸川区の事件については所有の意思を否定すべきであったと考えられる。

147) 鎌田教授も「使用収益しなければ所有権がないというふうにいえるかどうかは別問題です（加藤(雅)・加藤(新)(2008)「物権変動論とその法構造」, p.322)」と発言されているが、これは物権変動論の話である。

148) この部分の記述は、主として、小柳春一郎(2017)「フランス法における不動産の法的管理不全への対策—コルシカにおける相続登記未了と2017年地籍正常化法—」土地総合研究(2017年春号)の記述による。

149) フランスでは、取得時効期間が30年であるため、その期間が徒過するまでは返還請求が可能である。これは、フランスにおけ

る埋蔵物の場合と同様である。富井政章博士は、フランスの制度について、「通常ノ時効ニ依レバ三十年デ仏蘭西民法ノ解釋トシテハ真実ノ所有者ハ三十年ノ内ニ取戻スコトガ出来ルト云フコトニナツテ居リマスガ夫レデハ甚ダ長キニ過ギテ不便極マルト思フ(速記録二, p. 32)」と批判されているが、法的安定性の観点からみて妥当な批判である。

150) 古代ローマにおいても、「自分の土地を汚れるのにまかせ、またそれをなんら意に介せず、耕すことも、雑草を取り除くこともせず、自分の果樹園や葡萄園を手入れしないならば、その行為は刑罰を受けることはなくても、戸口調査官によって取りあげられ、最下層民(aerarius)行きとされた(谷口(2001), p. 8)」とされていた。またイェーリングは、ローマでは所有権が自己の利益のみならず、社会の利益にも適合するように行使されていたことの例証として、耕作地を雑草の生い茂るままに放置したことに対して莫大な土地税が課されたこと、採掘権を行使しない土地所有者からその権利を他の採掘希望者に譲渡せしめたことを挙げている(同, p. 3)。

151) 6 ヶ月の「法定期間を超えて申請が為されたときは、月ごとに登記費用の倍額の過料を課することができる。ただし、最高 20 倍を超えてはならない(村瀬ほか(2000), p. 183)」。なお台湾では、売買等による土地所有権の移転登記を行うべき期間が 1 ヶ月と定められている(同)。

152) ただし、「台湾においては権利変更登記においても(所有権移転登記のみならずすべての権利変更登記)、土地法や土地登記規則で登記期限を定めて登記を強制し、法定の登記期限を遅延したときは過料の制裁がある(村瀬ほか(2000), p. 183)」など、日本より厳格な不動産登記制度を採用している。

153) 我が国でも、法務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会において登記の義務化が検討された(第 15 回研究会資料 15「登記の義務化について」)が、登記申請を義務づけたのは相続登記のみであった。

154) ただし、判例は必ずしも常にこの基準に則って合憲性の判断をしているわけではなく、酒類販売業の免許制の合憲性を争った事件に対する判決(最判平成 4 年 12 月 15 日民集 46 卷 9 号 2829 頁)では、専門的な政策判断や専門技術的な判断が必要である

として立法裁量を大幅に認めている(戸松(2000), p. 296)。

155) 長期取得時効の存在理由で検討したように、有効活用される者に土地所有権を委ねることが適当であるという価値判断を行うのであれば、より広く第三者の土地取得を認めることも考えられるが、このような制度は濫用される恐れがあり、特に地価が上昇している状況においては極めて危険であるため、一定の制限が必要である。

156) 農地の賃貸借の解除を知事の許可制としている農地法 20 条について、最高裁は「公共の福祉に適合する合理的な制限」であると判じている(最大判昭和 35 年 2 月 10 日民集 14 卷 2 号 137 頁)が、このような規制は積極的な経済的規制であると解したものと考えられる(同旨: 吉田善明(2003)『日本国憲法論 第 3 版』, 三省堂, p. 423)。ここで検討しているみなし放棄制度は農地法の前例を参考にしており、やはり積極的規制であると解するのが適切であろう。

157) 芦部・高橋(2007), p. 212 は、「合理性の基準」のうち、積極的・政策的規制については「明白の原則」が用いられる(消極的・警察的規制については「厳格な合理性の基準」とするが、松井(2002), p. 113 は「合理性の基準」と「明白の原則」を同義であるとする。いずれにせよ、積極的な規制については緩やかな基準で合憲性の判断がなされると解して差し支えないと考えられる。

158) 取得時効の根拠についての議論であるが、「能見教授は、民法 162 条 1 項の 20 年の取得時効の存在理由は財の効率的利用の保護であり(占有者は非占有者より財を効率的に利用している)、民法 162 条 2 項の取得時効の存在理由は取引の安全であるとする。……しかし、第一にこれらの見解は、取得時効を物の占有者の利用のために、正当な補償なく権利者から権利を剥奪し、占有者に権利を付与する制度であるとするのであるが、財産権を保障する憲法 29 条の趣旨に反すると思われる。公益事業のための土地収用や利用権の設定は、公益事業に必要な場合に、収用委員会による採決という手続きを踏み、正当な補償のもとに行われる(土地収用法)。前記の見解によれば、取得時効においては、公正な手続きや何らの補償なく権利が剥奪されることになり、憲法 29 条の趣旨に反するといわざるを得ない(石田(穰)(2014), p. 1003)」とされるが、無償で悪意の占有者に所有権が移転する理

由を説明できないのは他の説(7.1.1.1)及び2))でも同様であり、能見説(7.1.1.3))だけに当てはまる批判ではない。財産権を保障する憲法29条との関係でこの批判が当てはまらないのは、所有者が所有権放棄の意思表示をしたと解する「所有権放棄の意思表示」説のみである(7.1.1.4)参照)。大村教授も取引の安全=費用の節約として能見教授と同様の考えを述べるが、これは民法192条の動産の即時取得に限定しての説明である(大村(2008), p.98)。動産であればこのような考えは成り立ちうるが、不動産についてもこのような考えの下で無償でのみなし放棄制度を認めることは、同様の批判を免れないであろう。なお、アメリカでは土地取引の費用削減のため、Marketable Title Actにより土地所有権の権原連鎖については40年間遡ればよいとされている。アメリカには我が国で言うところの不動産登記制度がなく(きわめて原始的な証書登録制度しかなく、登録されているからといって真の所有者であるか保障されない)、その代わりに民間の権原保険会社が不動産所有権の権原連鎖を保障しているが、その業務の効率化のために40年という期限を設けていると考えられる(参照:拙著(2020)「アメリカの不動産登記制度について」Urban Study Vol.71, https://www.minto.or.jp/assets/pdf/urban/u71_01.pdf)。

159) 休眠預金活用法も、無償で休眠預金等を預金保険機構に移管するのであれば、憲法違反のおそれが大きかったため、現在のスキームを採用したと考えられる(休眠預金等を機構に移管することにより、本来消滅時効により喪失するはずの預金が返戻されるため、預金者にとっては有利である)。

160) なお、現行の利用円滑化法は災害復旧の際の仮設住宅用地のような一時的な土地利用に活用することができるので、本制度と並立して用いられるものである。

161) 吉田教授が、利用円滑化法の収用特例を正当化する理由として、「土地所有者の権利利益擁護のために設けられる慎重な手続きのコストと、擁護される土地所有者の利益の微少性との間のバランスが取れないということ(吉田(2018c), p.71)」を挙げておられるのも同様の趣旨に基づくものと考えられる。

162) 滝沢教授は、「民法206条が『法令の制限内で』とあえて断っているのは、所有権に

ついては、歴史上絶対的に自由であってもよいと考えられた時期もあったことを反映している。今日ではむしろ、所有権に対する制約の多さを強調することがより適切である(滝沢(2013), p.167)」と指摘している。163) 最高裁は、団地内建物の一括建て替え決議に反対する居住者に対する区分所有法に規定する売渡請求権の行使について、区分所有権及び敷地利用権を時価で売り渡すと規定した同法70条4項、63条4項は、経済的損失について相応の手当がなされていることを理由に合憲と判断している(最判平成21年4月23日判時2045号116頁)。同様に、所有者が権利保全の手続もせずなんら利用もせず放置している土地を、公共的な利用のために、適正な手続を経たうえで、正当な対価で買い取ることは、憲法の趣旨に即したものであると言うことができよう。そのため、なんら利用されず放置されている財産について、有効な利用を行うための理論と制度が必要なのである。

164) フランス民法544条は「所有権は、法令により禁止された使用をしない限り、最も絶対的な方法で物を享受し、処分する権利である(滝沢(2013), p.164)」としており、ナポレオン法典も、所有者に無制限の絶対的自由を認めたものではないのである。

165) 大村教授は、「フランス民法の所有権の特色は、一旦は絶対性が宣言された上で、法令による制限が課されている点にあると言えるだろう。逆に言えば、日本民法の所有権は、もともと法令の制限内にあるにもかかわらず、制限が十分に機能しない点に特徴がある(大村(2010), p.137)」と指摘されている。所有者不明土地問題は、本来行われるべき法令による権利の制限が行われていないために生じた弊害の一つであると言える。

166) 現在では「夜警国家の時代のような、他人の権利を侵害しない限り財産権の制限は許されないという考え方は否定され、社会福祉のための財産権の制約は正当であると考えられている。つまり、経済的自由及び財産権に関しては、何ら他人の権利利益を侵害しない行為であっても、公共の福祉のために制約が認められるのである(松井(2002), p.547)」。

167) これに対し、休眠預金活用法における休眠預金等は、金融機関にとっては管理費、人件費等の増大の問題は生じているが、社会全体として見た場合、公共の福祉の向上

を直接的に阻害しているわけではない。

168) 農業政策の立場からは、本文で指摘したように早い時期から不在地主問題に端を発する所有者不明土地問題に対処してきた。しかし、「農業政策では不在地主・相続未登記問題は早くから意識されており、対策を講じるべく農地制度の改正を積み重ねてきたのだが、所有権の壁は高く、根本的な解決には至っていないのが実情である

(安藤光義(2018)「農地集積を阻害する不在地主と相続未登記」, 東京財団政策研究所, <https://www.tkfd.or.jp/research/detail.php?id=107>)」と、我が国における土地所有権制限の難しさが指摘されているが、これは所有権、特に土地所有権に関連する政策に携わる者全てが抱く感想であると言っても過言ではない。マ草案 28 条『土地及一切ノ天然資源ノ究極的所有権ハ人民ノ集团的代表者トシテノ国家ニ帰属ス』(1 項) が現憲法に定められていれば、このような状況は改善していたであろうか(注 41)参照)。

169) 預金契約は、一般に消費寄託契約(民法 666 条)と解されており(幾代通・広中俊雄編(1989)『新版注釈民法(16)債権(7)』, 有斐閣, pp. 394-396[打田峻一・中馬義直執筆])、当座預金や普通預金は返還時期を定めていないため、債権成立の時から時効が進行する(同, p. 393)(判例は、当座預金については当座預金契約終了の時から時効が進行するとしている(大判昭和 10 年 2 月 19 日民集 14 卷 137 頁)が、学説には反対意見が多い)。

170) 埋蔵物が文化財保護法 2 条 1 項の文化財に該当する場合には、埋蔵文化財とされる。所有者が不明の場合は国庫又は都道府県に所有権は帰属する。発見された土地の所有者には、その価格の 2 分の 1 に相当する額の報奨金が支給される(同法 104 条、105 条)(川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, pp.392-393[五十嵐清・瀬川信久執筆])。

171) 遺失物法 9 条 1 項、20 条 1 項は、警察署長又は特例施設占有者は、物件が滅失し、若しくは毀損するおそれがあるとき又はその保管に過大な費用若しくは手数を要するときは、政令で定めるところにより、これを売却することができるように定めている。この場合、遺失者(同法 2 条 4 号)は所有の意思を失っていないにもかかわらず、当該所有物については交換価値が容認されるだけの法的地位に置かれることになる(同法 9 条 4 項、20 条 5 項、代金から売却に要した

費用を控除した残額を当該物件とみなすとされている)。

172) 所有権を金銭債権に転換すること(この場合の所有権は、所有権から使用・収益の権能を切り離し処分権能だけが残った虚有権と同様の位置づけになる)については、すでに遺失物法 9 条及び 20 条で、滅失、毀損のおそれがあるときや保管に過大な費用や手数を要するようときは遺失物等を売却することができ、売却に要した費用を控除した残額を当該物件とみなす規定が存在しており、憲法上の問題は特段生じないと考えられる(債務不履行や不法行為の賠償についても、原則的には、原状回復ではなく金銭賠償である)。

173) ここで述べる対策は、不明土地のうち一定の公益事業等に活用できるなど利用価値のある土地についてのみ妥当することになる。ほとんど利用価値のない山奥の廃村の土地等のようないわゆる負動産については、「土地所有権の放棄」という大きな問題が生じており、その対策として相続土地国庫帰属法が制定され、一定の成果を挙げている。

174) 利用円滑化法における「相当な努力が払われたと認められる(同法 2 条 1 項)」方法とは、所有者を確知するために必要な情報(以下「土地所有者確知必要情報」という。)を取得するため、①土地の登記事項証明書の交付の請求、②土地所有者確知必要情報が記録された書類を備えていると思料される市町村長等に対する土地所有者確知必要情報の提供の請求、③登記名義人等が記録されている住民基本台帳、法人の登記簿等を備えると思料される市町村の長又は登記所の登記官に対し、土地所有者確知必要情報の提供の請求等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所有者を特定するための書面の送付等を行うことである(同法施行令 1 条)。なお、施行令と併せて「所有者不明土地の利用の円滑化及び土地の所有者の効果的な探索に関する基本的な方針(平成 30 年 11 月 15 日 法務省・国土交通省告示第 2 号)」が公表されており、地域福利増進事業等の実施の準備のため、その事業区域内の土地所有者等を知る必要があるときは、土地所有者等関連情報(同法 30 条)を内部で利用することができ、固定資産税課税台帳などの有力な情報源を保有する都道府県知事又は市町村長に土地所有者等関連情報の提供を求めること

ができるとされている。そして、「情報の提供の求めを受けた都道府県知事又は市町村長は、土地の所有者の効果的な探索を図るとの法の趣旨を踏まえつつ、その必要性を判断した上で情報を提供するものと」するとされているが、特段の理由がない限り、請求を受けた都道府県知事等は速やかに回答をなすべきであろう。基本的には土地所有者確知必要情報を保有していると思料される者に問い合わせを行えば十分であり、従前のように地元精通者や近隣住民等にまで問い合わせを行う必要はないと考えられる。

(利用円滑化法の基本的な方針においても、「これまで行われてきた地元精通者、近隣住民、海外の県人会等への照会や宛所不明での返信の際の最終住所地への訪問については、多大な労力を要するにもかかわらず地縁の希薄化等を背景に情報を得られにくくなっている」と指摘している)。「登記は、それによって国家法上の保護という利益をひきだすことのできる人が任意にすればよい(渡辺洋三(1973)『財産と法』,財団法人東京大学出版会), p.129)」のだから、記載しないことによる不利益もまた本人が享受すべきであるのは当然のことである。

175) 法務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会(第12回研究会資料12「土地所有権の放棄について」, p.12)においても、「複数の土地を所有する者が、所有する全ての土地を使用・管理することは現実的に困難である場合があり、長期間土地を使用・管理していないからといって、土地所有権を放棄したものとみなすことができるか」という指摘がなされているが、移転登記も行わず、何らの利活用もせず長期にわたり放置してある土地が公共事業等のために必要である場合に、ここで述べたように有償で買い取るのであれば、農地法の前例もあり、特段の問題は生じないと考えられる。

176) 災害復旧・復興事業のような緊急の場合には、裁判所の決定により公告を省略(または公告期間を短縮)して所有権の移転を認めるという方法も考えられる。しかしその前提として、現在土地収用において事業者が行っているような手間暇のかかる手続を裁判所が求めるようでは本末転倒である。

177) 民間事業者に全く自由に所有者不明土地の利用を認めることは適切ではなく、「公益に資する一定の民間開発事業」については、公共の福祉の増進に資する一定の事業

の用に供する場合に限るべきであろう(例えば、買い物が困難な過疎の村に日常の買い物のための店舗を設置することは公共の福祉の増進に資するが、すでに店舗が十分にある地域での設置はそうではない)。利用円滑化法でも、民間事業者、NPO等が事業主体となることを認めているが、地域福利増進事業に限っていることが参考になると思われる。

178) 上述したように、埋蔵物も発見した途端に発見者が所有権を得るのではなく、公告後6か月を待って初めて所有権を取得できることとなっている。「このような埋蔵物の取扱は、ローマ法以来の伝統と離れるものではあるが、実際合理的であると評することができる(川島編(1968)『注釈(7)』, p.281[五十嵐清執筆])。所有者不明土地についても同様の取扱いをすることが適切であると考えられる(しかも、埋蔵物とは異なり、真の所有者は公告期間が過ぎた後も正当な補償を受けることが可能である)。

179) 共有者の存否や行方が不明である場合の取扱いについては慎重な検討を要する。法務省の登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会においても、同意擬制や持分の取得時効について提案がなされていたところである(第11回研究会資料11-1「共有の在り方について」, p.10, p.16)が、最終的にはこれらの共有者に対して所有権の対価を供託により保障する制度を設けることで十分であると考えられる。

180) 遺失物法においても、埋蔵物の所有者が判明したときは、その所有物として返還されることとされている(発見者に報労金を支払わなければならない(同法28条1項)。包蔵物の所有者に関しては明文の規定はないが、発見者と同様に扱われることになる)と解されよう(稲本(1983), p.286)が、これも本来の所有者が自ら所有者であることを証明する必要があると考えられる。

181) フランス民法における埋蔵物は「何人も自己の所有権を証明できない物」とされているので、元々の所有者又はその承継人が所有権を証明すると、その物は埋蔵物ではなく、所有物の返還を請求できる(川島・川井編(2007)『新版注釈(7)』, p.391[五十嵐清・瀬川信久執筆])。ドイツにおいても同様であり、これらの規定も、誰の物か判らない物の所有権を確定するに当たり、立証責任の転換を図ったものであると言えることができる。

182) 休眠預金活用法における休眠預金等も、預金者等が請求しない限り払戻しを受けることができない。要するに、ドイツ、フランスの埋蔵物、今回提案した土地所有権のみなし放棄制度同様、本来の所有者が能動的に請求しない限り返還されることはないという制度になっている。この払戻請求権についても10年の消滅時効が適用されるが、実際には時効の援用は行われないと考えられる(注59)参照。

183) 「以前、民法学者がドイツ民法の解説書を模範にして本を書いた項(まま)は、「放棄による物権の消滅」などという項目もあった。しかし、その後、わが国の判例や実際の事情を主として論ずるようになってからは、動産所有権の放棄などというつまらぬことや、土地や家屋の放棄などという、ありそうもないことは一切論じなくなった。しかし、世の中の変遷は、人の予想を許さない。固定資産税があまり高くなると、放棄したい人がもっと増えるかもしれない。も(まま)学者が論理的に考え得るあらゆる場合を説こうとすることを世間知らずと笑ってしまうわけにもゆかないのであろうか。

(φ)「土地を放棄したい人」ジュリスト5号(1952.3.1)、p.27)。なお、鈴木禄彌教授によると、この短文の執筆者は我妻栄博士であるという(鈴木(1976)、p.92)。

184) 遺失物法17条には特例施設占有者が定められているが、この施設は「不特定かつ多数の者が利用するもの(同法16条1項)」とされているため、賃貸住宅には拡張できない。

185) ただし、2020(令和2)年の資料では、高齢者への斡旋を積極的に行っている業者はわずか7.6%であったのに対し、斡旋を行っていない業者は24.8%に達していた。またその理由として「大家の理解が得られない」が51.5%と過半数を超えていた((公社)全国宅地建物取引業協会連合会「住宅確保要配慮者への居住支援の取組みについて」第1回住まい支援の連携強化のための連絡協議会資料(2020(令和2)年8月3日)、<https://www.mhlw.go.jp/content/12201000/000656706.pdf>)。その後、全宅連による「宅建業者・管理業者向け高齢者の入居支援ガイドブック(超高齢社会が来る!)」の発行(2020(令和2)年10月)、国土交通省の「宅地建物取引業者による人の死の告知に関するガイドライン」が公表された(2021(令和3)年10月)。また、2021(令

和3)年6月、国土交通省及び法務省において、賃借人と受任者との間で締結する賃貸借契約の解除及び残置物の処理を内容とした死後事務委任契約等に係る「残置物の処理等に関するモデル契約条項」が策定・公開され、2024(令和6)年3月には、受任者が同一の場合のモデル契約条項も公表されるなどの対策が採られたことにより、高齢者への斡旋を行う業者、高齢者を受け入れる賃貸人が増加していることが窺える。

186) (公社)全国宅地建物取引業協会連合会の調査によると、高齢者世帯に対して民間賃貸住宅を斡旋する場合のリスクを回避するために最も必要な対策として「高齢者世帯向け家賃保証会社の充実」が挙げられている((公社)全国宅地建物取引業協会連合会(2024)「高齢者等住宅確保要配慮社の居住支援のあり方に関する研究報告書」, p.17、https://www.zentaku.or.jp/cms/wp-content/themes/zentaku2020/assets/pdf/research/estate/research_project/archive2_023/report_dl1-2.pdf)。

187) 第8回 孤独死現状レポートによると、残置物処理費用の平均は237,218円であり、これは、東京都の平均賃料56,100円の4.2か月分、大阪府の平均賃料41,043円の5.8か月分であった。本文で紹介した第9回レポートでは処理費用の高額化が進んでいることが分かる。また、該当残置物処理費用の最大損害額は第8回レポートでは1,781,595円であったが、第9回レポートでは4,546,840円に達している。ただし、現在のところ第8回孤独死現状レポートは削除されている(2025年1月31日確認)。

188) 図-3で示したように、公共団体や警察ですら、キーボックスの撤去ができないのは、我が国で所有権の保護が行き過ぎていることの証左である。たとえマンション敷地内に無許可で設置されたキーボックスであっても、官憲ですら撤去し難いモノをマンションの管理者に撤去しろというのは無理であろう(「自力救済」は禁止されている)。そのために、本稿で論じたような「所有権のみなし放棄制度」を法定化し、合法的な撤去の手続を示すことを真剣に検討する必要がある。

189) 闇バイトによる犯罪で狙われるのは現在のところ戸建て住宅に限られているが、今後マンション(特にタワーマンション)もターゲットにされる恐れがある。

190) 屋外広告物であれば、屋外広告物法(昭

和 24 年法律第 189 号) 及び屋外広告物条例に違反している可能性がある。例えば、東京都では「捨て看板等の共同除却キャンペーン」を実施している(「第 28 回捨て看板等の共同除却キャンペーン」の実施結果について(2024(令和 6)年 11 月 28 日、<https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2024/11/28/21.html>))。

¹⁹¹⁾ 例えば、京都市では 2014 (平成 26) 年 11 月に「京都市不良な生活環境を解消するための支援及び措置に関する条例」を制定し、翌 2015 (平成 27) 年 11 月に全国初の行政代執行を行い、ゴミを強制撤去している。ゴミ屋敷条例については、http://www.rilg.or.jp/htdocs/img/reiki/014_trashhouse.htm を参照。

¹⁹²⁾ 河川に不法係留されているプレジャーボートについては、すでに様々な対策が採

られているが(国土交通省・水産庁(2021)「プレジャーボートの放置艇対策の今後の対応について(令和 3 年 3 月)」、<https://www.mlit.go.jp/kowan/content/001718064.pdf>、同(2024)「プレジャーボートの放置艇対策に関する参考事例集 ver.1.0(令和 6 年 3 月)」、

<https://www.mlit.go.jp/kowan/content/001733423.pdf>)、放置艇対策の根幹となる原理・原則を明確にしておくことは、個別に行っている対策の統一性・公平性を確保する観点からも必要である。

¹⁹³⁾ 所有地に違法駐車された土地所有者が自動車の移動を認めなかった判決に不満(?)で地裁の敷地内に自動車を放置した事件がある(建造物等侵入罪(刑法 130 条)で罰金刑が言い渡されたようである)。