

# 不動産所有権に関するいくつかの今日的な課題

## Current Issues Concerning the Japanese Landownership

遠藤 研一郎\*

### 1. 問題の所在

現在、日本社会は大きな転換期を迎えている。社会全体が「拡大」の局面から「持続・縮減」の局面へと移行し、所得・資産面での富裕層と貧困層の両極化（いわゆる、格差社会）が進み、環境問題や、将来高い確立で起こり得る災害への体制整備を急がなければならない状況となっていることは、多くの者が共有するところではなかろうか。

では、このように社会構造が変化する中で、今まで（少なくとも民法の条文上は）、近代資本主義社会を背景として、使用・収益・処分の自由な近代所有権の中に組み込まれてきた「不動産所有権」概念および法理は、今後も変わらない存在として位置づけられるのだろうか。それとも、何らかの変化を余儀なくされるのだろうか。以下では、いくつかの具体的な問題点を挙げながら、若干の分析を試みる。

---

本小稿は、シンポジウムにおける報告原稿を本論の基礎とし、その報告の前提となった注釈を後付けするという形式で執筆している。本来であれば、注釈に掲げる先行研究等を踏まえて本論自体を再構成する必要があるものと思われるが、シンポジウムの記録としての役割も果たしているだろう本小稿の位置づけから、それを行わない点をご海容願いたい。

\* 所員・中央大学法学部教授

## 2. 空き地問題と土地所有権の放棄

まず、財産的価値を喪失している土地の所有権帰属に関する問題について触れる。近年、日本においても、耕作放棄地や空地の問題が注目されるようになってきている<sup>1)</sup>。日本の従来の制度は、土地の過剰利用をコントロールする仕組みが中心になっており、流動せずに固定化した不動産の管理水準が低下している現象をコントロールできるようになっていないことが指摘されている<sup>2)</sup>。「土地の過剰利用を前提として、所有権をどのように規制していくのか」という（高度経済成長や人口増加などを背景とした）伝

- 
- 1) 総務省「住宅・土地統計調査」（2014年に公表。5年ごとに実施）によれば、2013年の全国の空家率は13.5%で、過去最高を記録した。立法上も、2012年以降に急激に増加した各自治体における空家対策条例（北村喜宣・進藤久・吉原治幸・前田広子・塚本竜太郎『空き家等の適正管理条例』（地域科学研究会、2012年）参照）を経て、2014年には、「空家等対策の推進に関する特別措置法」が制定されるに至っている。北村喜宣「空家対策特措法の制定と市町村の空き家対応施策」論究ジュリスト15号（2015年）70頁、末光祐一「逐条解説 空家等対策の推進に関する特別措置法(L)(F)」月刊登記情報55巻9号（2015年）36頁、10号（2015年）42頁。また、空家問題については、『特集 空き家問題—対策と活用方法を考える』法律のひろば68巻7号（2015年）4頁以下に所収の各論稿、『特集 自治体の空き家・空き地対策』自治実務セミナー 637号（2015年）2頁以下に所収の各論稿、米山秀隆『空き家（マンション）対策の自治体政策体系化』（地域科学研究会、2015年）参照。
  - 2) 高村学人「土地・建物の過少利用問題とアンチ・コモンズ論—デトロイト市のランドバンクによる所有権整理を題材に—」論究ジュリスト15号（2015年）62頁。同論稿は、ヘラーの主張するアンチ・コモンズ論（効率的土地利用のために、複雑化・細分化した所有権を整理・統合することを担う機構の必要性を説く）を前提として、アメリカで多く設置されているランドバンク（利用されず、放棄され、所有権者の受戻権も消滅した不動産を利用価値あるものへと転換することを任務とする政府事業体）について紹介・分析する。そしてまた、アメリカでは、「所有権法学が資源利用の効率性を重視する傾向がある」ことを強調する。

統的な文脈ではなく、「土地の過小利用を前提として、所有者は適正に利用する義務があるか」という（経済の低成長や人口減少などを背景とした）新たな文脈での所有権の本質論の探求が必要になっている<sup>3)</sup>。この点、

- 3) 従来、学説上では、土地所有権に関する華やかな学説の展開がある。非常に大雑把に言えば、明治・大正期までは、個人的色彩の強い絶対的所有権概念が支配的であったのに対し、第一次世界大戦後に、所有権の社会性の思想が生まれ、戦時における国家主義的・団体主義的・共同体的思想を経て、第二次世界大戦後に社会性の内容についての議論が活発化する（水本浩『不動産利用権の新しい展開』（有斐閣、1985年）23頁）。特に、戦後の土地所有権に関する学説については、池田恒男「戦後近代的土地所有権論の到達点と問題点(1)(2)」法学雑誌35巻3・4号（1989年）1頁、36巻2号（1989年）1頁、森田修「戦後民法学における近代—『近代的土地所有権論』論史斜断—」社会科学研究48巻4号（1997年）97頁が詳細に分析を行う。また、過少利用時代の観点から土地所有権論を再考するものとして、高村学人「過少利用時代からの土地所有権論史再読—フランス所有権法史を中心に—」政策科学21巻4号（2014年）81頁がある。

なお、所有権論に取り組む先行研究は、時代背景も影響しつつ、所有権の本質を「商品＝価値」に求める考え方、所有権と利用権の対立の中で登場する賃借権の物権化論、人権（生存権）的財産権としての土地利用権を特に保護する考え方、土地所有に付随する社会的義務の文脈で語られる供用義務論など、様々な考え方が入り組みながら、複合的対立軸を持ちつつ展開されてきたことを読み取ることができるが、本小稿ではそれらの分析は割合せざるをえない。ひとまず、代表的な文献の一部として、以下のものを挙げるにとどめる。川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）、水本浩『借地借家法の基礎理論』（一粒社、1966年）、渡辺洋三『土地・建物の法律制度(上)』（東京大学出版会、1960年）、同『土地と財産権』（岩波書店、1977年）、同『現代土地法総論』渡辺洋三＝稲本洋之助編『現代土地法の研究(上)』（岩波書店、1982年）1頁、甲斐道太郎『土地所有権の近代化』（有斐閣、1967年）、同『不動産法の現代的展開』（法律文化社、1986年）、篠塚昭次『土地所有権と現代』（日本放送出版協会、1974年）、稲本洋之助「土地所有権と土地利用権」渡辺洋三＝稲本洋之助編『現代土地法の研究(上)』（岩波書店、1982年）75頁、同『借地制度の再検討』（日本評論社、1986年）、原田純孝『近代土地賃貸借法の研究』（東京大学出版会、1980年）、同『『近代的土地所有権論』の再構成をめぐる(上)(下)』社会科学の方法137号（1980年）10頁、140号（1981年）11頁、同「不動産利用における

日本の近時の学説において、土地の有効利用の観点から、空地に関して国の積極的な関与の下で再配分を行う立法的提案がなされていることは、注目に値する<sup>4)</sup>。

また、これと関連し、「自己が所有する土地を放棄することができるか」という問題が浮上する。人口減少が進行し、土地需要の低迷が継続する過疎地域においては、土地所有権放棄を望む者がますます増加する可能性がある。土地の所有者からすれば、管理負担、固定資産税の負担、工作物責任(民法717条)の可能性などを考慮すると、無償でもよいから手放したいというもうなずける。これに関し、日本の民法上は、規定がなく、放棄ができるか否かはっきりとしない<sup>5)</sup>。他方、国や地方自治体は、不動

---

所有権と利用権」ジュリスト875号(1987年)51頁、戒能通厚『イギリス土地所有権法研究』(岩波書店、1980年)、同『土地法のパラドックス—イギリス法研究、歴史と展開—』(日本評論社、2010年)、乾昭三編『土地法の理論的展開』(法律文化社、1990年)。

- 4) 加藤雅信「急増する所有者不明の土地と、国土の有効利用—立法提案『国土有効利用の促進に関する法律—』高翔龍=野村豊弘=加藤雅信=廣瀬久和=瀬川信久=中田裕康=河上正二=内田貴=大村敦志編『日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015年)297頁は、土地の有効利用の観点から、①所有者等が不明の不動産につき、公示制度を活用して所有者を確定すること、②所有者を確定できなかった不動産については、国による無主の不動産宣言を行うこと、③国との契約により、利用したい者がその不動産を取得することなどを内容とする「国土有効利用の促進に関する法律(案)」の提案をする。
- 5) 田處博之「土地所有権の放棄は許されるか」札幌学院法学29巻2号(2013年)1頁、同「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15号(2015年)81頁が詳細に検討している。同論稿は、従来の学説によれば、不動産所有権の放棄は一般論としては許されると解されてきたことを前提とし、どのような要件のもとで許されるのか(どのような状況では許されないのか)を分析する。なお、これに関し、吉田克己「財の多様化と民法学の課題—鳥瞰的整理の試み」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、2014年)23頁は、「原則的には不動産所有権の放棄が認められるとしても、絶対的負財と認められる場合には、放棄の自由が否定されると考えるべきである」とする。また、具体的に放棄が許されない事例として実務上でよく知られ

## 不動産所有権に関するいくつかの今日的な課題

産の寄付を基本的に受け付けていないようであり<sup>6)</sup>、また、登記実務においては、抹消登記の申請は所有権放棄者単独では行えず、国との共同申請による（すなわち、国の承諾なくしては、所有権は放棄できない<sup>7)</sup>。そのことからすると、国の協力が得られない場合には、不動産の所有権の消滅に関する登記ができないこととなる。本問題に対しては、現所有者に対して所有者であり続けることを強いる（放棄を認めない）という選択肢がある一方で、現所有者の放棄を認めたうえで、無主とするか、または、国に引き受けさせる、という選択肢も考えられる。勿論、所有者自ら作り出した危険を含有する土地の安易な所有権放棄は、権利濫用等により制限されるとしても、社会のために適正な管理を必要としたり、有効活用される可能性があったりする土地について、放棄を認めやすくする法政策は、推進されるべきである可能性がある。

### 3. 相続における不動産登記

次に、相続に伴う登記の問題について取り上げる<sup>8)</sup>。近時、相続が開始されたにもかかわらず、長期間の遺産共有状態が続き、実際に死者が名義

---

ているのは、昭和41年8月27日民事甲第1953号法務省民事局長回答「不動産（土地）の所有権放棄について」民事月報21巻11号（1966年）155頁〔がけ地が崩壊寸前にあり、補修に多額の費用を要する場合であっても、当該土地の所有権は放棄できないとするもの〕。他方、鎌野邦樹「縮小都市における『居住所有権』の在り方」住宅総合研究財団研究論文集38号（2011年）35頁は、「所有権の放棄は基本的に認められず、土地・建物等の不動産についても『放置』の自由はあるが、『放棄』の自由は認められない」（37頁）としている。

- 6) 田處・前掲（注5・論究ジュリスト）81頁。同84頁以下は、ドイツ民法928条について分析する。同条は、土地所有権の放棄を正面から認め、その場合には、国（ラント）が放棄された土地を先占する権利を有するものとする。なお、その制度趣旨が、公共の利益から説明されていることは興味深い。
- 7) 武石務「所有権の放棄について」月刊登記情報37巻10号（1997年）167頁。
- 8) 小柳春一郎「土地の公示制度の課題—取引安全円滑と情報基盤—」論究ジュリスト15号（2015年）90頁。

人となったままの不動産が数多く存在することが問題となっている<sup>9)</sup>。前述2.のように、価値の低い土地であれば、なおさらその傾向は強まる。「死亡者課税」の件数の多さは、それを端的に示している<sup>10)</sup>。ケースによっては、2世代以上前の登記のままというものもある。このような不動産は、広がりすぎてしまった相続人間の意思集約が大きな障壁となり、いざ売却等をしようとしても困難を来す。不動産の流動性が著しく損なわれる結果となっている。

---

9) 水野紀子「日本相続法の現状と課題—贈与と遺贈の解釈を素材として—」論究ジュリスト10号（2014年）100頁は、その理由として、「相続開始後、短期間で遺産分割手続を進める公証人慣行のような法的保障がない」という点を挙げる。

10) そもそも、地方税法343条2項前段によれば、固定資産税における納税義務者である固定資産の所有者とは、「土地又は家屋については、登記簿又は土地補充課税台帳若しくは家屋補充課税台帳に所有者……として登記又は登録されている者をいう」と規定されている。他方、これらの者が既に死亡している場合は、同項後段で「所有者として登記又は登録されている個人が賦課期日前に死亡しているとき……は、同日において当該土地又は家屋を現に所有している者をいうものとする」と規定されている。すなわち、賦課期日現在において現に固定資産を所有する者（＝相続人や相続財産法人）が納税義務者となる。このとき、死亡者の名義での固定資産税の課税（死亡者課税）をしている場合は、一部の場合を除き、当該課税は無効になると解されていることから、固定資産税を徴取するためには、相続人等を調査したうえで納税義務者を死亡者から相続人等に訂正し、改めて課税に係る手続を行うことが必要になる。にもかかわらず、実際には、死亡者課税が少なからずなされているとの指摘がある。吉原祥子「土地の所有者不明化の実態把握に向けて」（東京財団HPに掲載。URL（2016年2月22日確認）：<http://www.tkfd.or.jp/research/project/news.php?id=1330>）によれば、「土地・家屋の所有者が死亡した場合、相続登記がなされず放置されたままになると、新たな納税義務者を特定するための相続人調査に多大な時間を要する。そのため、基礎自治体ではやむなく死亡者名義のまま課税を行っている」とし、「本プロジェクトでヒアリングを行ったところ、人口約7万人のある市では、固定資産税の課税対象者約4万人（2012年度）に占める死亡者課税の比率は11%。人口1.4万人の別の町では、2012年度の農耕地の納税義務者約1万人のうち6%が死亡者課税であった」と指摘している。

そして、この現象は、日本では、相続を原因とする移転登記のインセンティブが必ずしも強く働いていないことを示しているように思われる<sup>11)</sup>。そもそも、権利変動の登記は申請主義であり、登記手続をするか否かは、当事者の自由意思に委ねられる。また、民法が、不動産登記を（権利の設定・移転要件ではなく）対抗要件として位置づけていることから、少なくとも当事者間では、登記手続をしなくても権利主張をすることができる仕組みとなっている。さらに、判例によれば、共同相続した不動産について、相続人は、第三者に対して自己の持分を登記なくして対抗できると解されている<sup>12)</sup>。このような状況のもとで、迅速な移転登記へのインセンティブを欠く状況が続いており、国家としても、税金（固定資産税）の徴収<sup>13)</sup>ができればよいというスタンスなのか、実際の権利者と登記名義人の乖離については、野放しになっているようにも思える。

ところで、実際の権利者と登記名義人の乖離がなされることを通じて、誰のどのような利益が害されるのであろうか。放置への帰責性が当事者（相続人やその包括承継人など）にあるのだとすれば、不動産の流通が困難となったことは、もはや自己責任といえなくもない。しかし、流通性が

---

11) 以下で示すような点に加え、実際にかかる費用の問題も大きい。特に地方の農林地や農地は、地価が安価であるのに対し、登記のための登録免許税（現行法では、相続を原因とする所有権移転登記は、不動産価格の4/1,000とされている。登録免許税法別表第1一(二)イ）に加え、司法書士への委託費用や親族間の連絡調整などに必要となる費用は、土地の資産価値に関係なく発生する。場合によっては、登記のための費用が相続財産の価値を上回ることも考えられる。東京財団政策提言『国土の不明化・死蔵化の危機—失われる国土Ⅲ—』（東京財団、2014年）参照。

12) 最判昭和38年2月22日民集17巻1号235頁。

13) かつては、土地台帳・家屋台帳および地図の管理は税務署において行われたが、1950年に台帳事務が登記所に移管され、1960年には、台帳と登記の一元管理が実現した。鎌田薫・寺田逸郎編『新基本法コンメンタール 不動産登記法』（日本評論社、2010年）3頁〔鎌田薫〕は、今日の不動産登記制度について、「取引の安全を確保するための制度」であると同時に「徴税の基礎としての機能も営んでいる」と指摘する。



困難な土地が増加することは、社会全体にとっても決して好ましいことではない。例えば、災害後、地権者が特定できないことによって、復興事業が遅れるという現実問題（住宅の高台移転において用地取得が難航した例など）は、社会的損失の1つの例といえよう<sup>14)</sup>。不動産登記は、「権利保全」という私的色彩の強いものだけが強調されるべきではなく、不動産の流動性確保が公益的見地からも有益であることを前提とし、真の権利者と登記名義人の乖離ができるだけなくなるような登記制度（および、それに関連する仕組み作り）が、社会として積極的に目指されるべき可能性がある<sup>15)</sup>。

#### 4. まちづくりの中の土地所有権

さらに、「まちづくり」に着目してみたい。前述（2. および3.）のように単体としての不動産をどのように流動化させ、社会の中で有効活用さ

---

14) 濱口宏明「震災相談事業からみる課題と司法書士の役割—登記未了、被災者の住環境を中心に—」市民と法90号（2014年）43頁は、相続登記が未了となる背景事情と、登記未了から生じる実務上の問題を概説したうえで、震災復興事業との関係で特に、防災集団移転への影響を示す。なお、新聞記事においても指摘が多い。例えば、読売新聞2014年7月25日1面「所有者不明の土地増加—人口流出影響、公共事業の足かせ」および34面（関連記事）「復旧工事4年未着工 山形、崩落斜面に相続権者103人」、日本経済新聞2014年8月14日31面「復興用地取得に遅れ、環境対策了解とれず—所有者不明の土地、弊害—」など。

15) 国土交通省・所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会が、2015年に「中間とりまとめ」を公表した。その中で、様々な提言を行っている。なお、同報告書では、「公益性の高い事業には、国や地方公共団体による事業のみならず、例えば民間が担う交通やエネルギー、ライフライン等の整備に係る事業も想定される。また、住宅や商業施設等の整備も、震災後の復興段階などでは早急に進められることが要請される場面もあるほか、平時においても地域活性化の観点から整備を要請されるケースも想定され、このような場合には、程度の差はあるものの一定の公益性があると見ることもできる」（20頁）と指摘する。



せるかという点に加え、社会全体として有機的に、より良い土地利用へと繋げていくための流動化確保である。日本における土地所有権は、従来、「私権（私有財産）」としての色彩が強いと評価されている感がある<sup>16)</sup>。近代国家法が夜警国家的理念の下で保障してきた「最大限の土地利用の自由」と「最小限の警察規制」というルールが、今もなお、基本構造となっている<sup>17)</sup>。地方分権が推進される中で、自治体独自の規制も存するが、同原則を覆すには至っていないと評価し得る<sup>18)</sup>。確かに土地基本法では、私的所有よりも「公共の福祉」を優先することが明言されている（2条）<sup>19)</sup>。

- 
- 16) 吉田克己「現行法のパラダイムと土地基本法」本間義人 = 五十嵐敬喜 = 原田純孝編『土地基本法を読む—都市・土地・住宅問題のゆくえ—』（日本経済評論社、1990年）48頁は、「強い土地利用規制と、収用権・先買権行使を含む強い公共の介入 = 公的主体による宅地供給を中心とする宅地政策を実施」してきた西欧諸国と対比し、日本における「特異に強大な土地所有権」の特徴として、土地を商品一般と同一視して市場法則の枠内で地価問題に対処しようとしてきたこと、土地利用に関する公共的・都市計画的規制が緩く、土地所有権に基づく利用の自由度が高いことを挙げる。
- 17) 藤田宙靖 = 磯部力 = 小林重敬編集代表『土地利用規制立法に見られる公共性』（財団法人土地総合研究所、2002年）7頁（第2章 最小限規制 WG 報告）、磯部力「都市の土地利用と『都市法』の役割」石田頼房編『大都市の土地問題と政策』（日本評論社、1990年）212頁。
- 18) 内海麻利「土地利用規制の基本構造と検討課題—公共性・全体性・時間性の視点から—」論究ジュリスト15号（2015年）9頁。なお、同7頁は、「『計画（plan）』を媒介に連続した空間の物理的基盤として、都市全体を包括的にコントロールする『都市計画』という社会的な技術」を20世紀初頭から発展させてきた西欧諸国と、日本の違いを強調する。
- 19) ただし、本条の「公共の福祉」とは、「国民とりわけ一般公衆の福祉を増進させる公共秩序」のことと捉える可能性がある一方で、「一般公衆の犠牲において大規模な事業を展開してもよいとか、あるいは、経済活動の活発化や、ときどきの政府の定めた国策の遂行のためには個人の人権が制約されてもやむをえない」という原理であるという理解も可能であるとの指摘がある（第116回参議院土地問題等に関する特別委員会会議録7号（1989年）5頁における池田恒男発言。池田は、本条の解釈上の不明瞭さを問題視したうえで上記の発言を行っている）。

しかし、実際には、過密、環境、災害などの観点から、決して、規制として十分なものとはなっていない。そのような中、土地の公益的価値を支える考え方について、なお、西欧諸国から大きく遅れをとっていることを問題視し、土地の「公共性」をより重視すべきであるとの考え方が、有力に主張されている<sup>20)</sup>。

他面、過疎地域における「まちづくり」に目を向けると、別の問題が横たわっている。特定の地方において人口の減少に歯止めがかからない中で、私的所有地が広域に点在していることは、単に住民の生活に不便を来すだけではなく、産業の衰退につながったり、行政サービス等の面で大きな非効率性を生んだりする。そこで、「まち」を集中させる政策が模索されている<sup>21)</sup>。

---

20) 藤田宙靖「建築の自由と土地利用規制—西ドイツの例を中心として—」法の支配30号(1977年)61頁、広渡清吾「西ドイツの土地政策と土地法制—その序論的考察—」法律時報47巻7号(1975年)64頁、原田純孝「序説 比較都市法研究の視点」原田純孝・広渡清吾・吉田克己・戒能通厚・渡辺俊一編『現代の都市法—ドイツ・フランス・イギリス・アメリカ—』(東京大学出版会, 1993年)3頁、同「都市の発展と法の発展」『現代の法9都市と法』(岩波書店, 1997年)3頁、同「都市にとって法とは何か」都市問題90巻6号(1999年)3頁(および、同論文を含む同号特集「法制度からみた都市づくり」諸論文)。なお、水本浩『不動産利用権の新しい展開』(有斐閣, 1985年)も、第1章(3頁以下)において、イギリス・西ドイツ・フランスにおける土地政策立法の運用状況を紹介しつつ、第2章(23頁以下)において、日本における土地所有権制限について論じ、前近代的な土地観念から抜け出し、利用権こそ所有権に優越すべきであるとの自説を展開する。

21) 近時、コンパクトシティ論や縮小都市論が学際的に展開されている。高山泰「都市再生特別措置法の改正—コンパクトシティ施策の推進—」ジュリスト1481号(2015年)47頁、都市計画法制研究会編『コンパクトシティ実現のための都市計画制度—平成26年改正都市再生法・都市計画法の解説—』(ぎょうせい, 2014年)、三好規正「都市法の構造転換に向けた課題と提言」山梨学院ロージャーナル8号(2013年)105頁、関家隆博「コンパクトシティに学ぶ日本の都市政策の現状と展望」香川大学経済政策研究8号(2012年)181頁、矢作弘「『都市縮小の時代』の都市政策」Urban〔堺都市政策研究所機関誌〕26号

土地というものには連続性があり、新たに生産することができず、また、社会が共同で空間を作り上げていることを強調するのであれば、これを単純な私的所有に委ねることは困難である。居住空間が生活や経済活動の共同の場であり、その地域における土地の利用が住民の利益にかかわることであるとすれば、そこには、「公共性」という性質が付随する。土地の利用に関する適切なコントロールは、地域全体の機能を高め、ひいては地域住民自身にも寄与するという構造を指摘することができる。

## 5. 居住権としての不動産所有権

以上2.～4.は、不動産所有権（特に、土地所有権）に関する問題点のいくつかを取り上げたが、さらに、不動産所有権という限定を超えて、より広く「居住環境」の問題（不動産所有権に加え、不動産賃借権などの利用権も含む<sup>22)</sup>）として捉え直すのであれば、また新たな視点が浮上す

---

(2014年) 25頁、角松生史「縮小都市と法」新世代法政策学研究16号(2012年) 243頁、岡部明子「縮小都市論」住宅総合研究財団研究論文集36号(2009年) 5頁など。鎌野・前掲(注5)は、戸建てに関しては、住居所有権の行使としての「放置」を認容したうえで、縮小都市における再生のあり方については、地域を中心とした社会全体で考えるべき問題であるとする。

- 22) 砂原康介「住宅をめぐる選択(1)～(4)」究：ミネルヴァ通信53号(2015年) 20頁、54号(2015年) 20頁、55号(2015年) 20頁、56号(2015年) 20頁は、住宅の取引費用、小規模賃貸住宅の需要と供給、新築の優遇と中古住宅の流通を阻む要因、住宅開発など、様々な角度から住宅選択の分析を行っている。また、佐藤岩夫「住宅政策と不動産の賃貸借」松尾弘・山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』(商事法務、2012年) 299頁は、戦後(第二次世界大戦終戦当時の住宅不足数は、政府の推計で420万戸に達した)の日本の住宅政策の柱として、住宅金融公庫、公営住宅、日本住宅公団の各制度が創設されて、本格的な住宅政策が開始したが、その基本的特徴として、①自助原則(民間が自力で住宅を建設することを基本とする)、②住宅保障のための政府の関与は、必要最小限の範囲に抑制されたこと、③民間賃貸住宅に対する積極的な助成策はとられなかったこと、④唯一集中的な政策資金の投入を行ったのが、持家取得への支援であったことを挙げる。

る。

近時、災害をきっかけとして居住空間を奪われた者に対する補償が問題となっている<sup>23)</sup>。また、格差社会などの観点から、貧困層の居住問題も同様に、クローズアップされている<sup>24)</sup>。

しかし、日本における現行制度の特色として、居住環境の確保については、先進国の中では突出して市場主義を重視しており、弱者配慮が極めて弱いという指摘がなされている<sup>25)</sup>。例えば、震災後においては、金銭的な補償や仮設住宅による保護はあるとしても、極めて限定的であり<sup>26)</sup>、また、公営住宅が不足している<sup>27)</sup>ということが言われている。さらに、低所

---

23) 日本居住福祉学会編集委員会編『東日本大震災と居住福祉（居住福祉研究16）』（東信堂，2013年）

24) 早川和男『居住福祉』（岩波書店，1997年），本間義人『居住の貧困』（岩波書店，2009年），岡本祥浩「居住貧困の生成とその転換政策としての居住福祉」総合政策フォーラム5号（2010年）69頁，野口定久・外山義・武川正吾編『居住福祉学』（有斐閣，2011年），稲葉剛『ハウジングブア』（山吹書店，2009年）。

25) 吉田克己「現行法のパラダイムと土地基本法」本間義人・五十嵐敬喜・原田純孝編『土地基本法を読む—都市・土地・住宅問題のゆくえ—』（日本経済評論社，1990年）45頁。また，先進資本主義諸国における土地利用規制と公的介入を伴った住宅政策に関し，渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究(下)』（岩波書店，1983年）参照。

26) 災害救助法に基づく仮設住宅の提供があるが，時限的（原則2年での取壊しを予定している）である。供与期間の延長がなされ得るものの，仮設住宅自体，長期の利用を想定していないプレハブ住宅がほとんどであるため，耐久性に問題がある。さらに，自主避難者への支援も薄いと言われている。

27) より正確には，市街地などの利便性の高いところに作られた公営住宅への入居希望はかなりの倍率であるのに対し，奥まったところに作られた公営住宅は入居者が埋まらないのが現状である（濱口・前掲注14）46頁）。なお，総論的には，公営住宅の不足は恒常的なものとなっている。そもそも，公営住宅制度は，住宅に困窮する低所得者に対して，低廉な家賃で，健康的で文化的な生活を営むに足りる住宅を賃貸するために創設された制度であり，「一般的な住宅ストックの空家が増加していることとは対照的に，公営住宅ニーズはより強くなっている」にもかかわらず，「国・地方共に財政状況が厳しいため，供給戸

得者の賃借人においても、レント・コントロールや家賃補助の議論<sup>28)</sup>はあまり聞かれない。家屋については差押えをしてはいけないというような規定もない。ホームレスの強制立ち退きに対する国・自治体の対応は、非常にドラスティックな印象を受ける<sup>29)</sup>。

このような中で、一部の研究者から、「居住福祉法学」が提言されていること<sup>30)</sup>は、注目に値する。同提言は、居住に対する福祉的な発想が、先進国の中では最低水準と評価されていることを問題視し、住む権利というのが、アイデンティティ、人格形成、市民社会の人間の価値形成にかかわる、憲法上の基本的人権として保障するという発想を重視する。そして、居住問題は、医療問題（国民皆保険）と同様に公的問題として捉え、公法・私法を峻別せずに、私有財産であっても緊急事態においては、公共

---

数を増やすことができる状態にはない」ことが指摘されている。住本靖「公営住宅の制度と課題」松尾弘・山野日章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』（商事法務、2012年）311頁。

- 28) 吉田邦彦「アメリカの居住事情と法介入のあり方（とくにボストンの場合）—居住隔離とレント・コントロール、居住適格保証、コミュニティ再生運動—(1)～(3・完)」民商法雑誌129巻1号（2003年）1頁、2号（2003年）161頁、3号（2003年）297頁。日本住宅総合センター編『欧米主要国における家賃補助制度および公共住宅制度等に関する調査研究』（日本住宅総合センター、2012年）は、イギリス、アメリカ、ドイツ、フランスにおける家賃補助制度の特徴を分析する。各国とも財政的な負担に苦慮しながらも、住宅政策の主軸として取り入れられていることを認識することができる。
- 29) 金井恵里可「人の強制立ち退き手法の法的課題—ホームレスの強制立ち退きを題材として—(上)(下)」地方自治784号（2013年）55頁、785号（2013年）90頁。
- 30) 吉田邦彦『居住福祉法学の構想』（東信堂、2006年）、同「住宅政策の貧困（ハウジングプア・貧困ビジネスの現実）と居住福祉法学の諸課題」賃金と社会保障1550号（2011年）4頁、同「居住福祉学と法」野口定久・外山義・武川正吾編『居住福祉学』（有斐閣、2011年）、同「チェルノブイリ原発事故調査からの『居住福祉法（民法）』的示唆—福島第一原発問題との決定的な相違—」NBL1026号（2014年）33頁、同「居住福祉法学と福島原発被災者問題—特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて—(上)(下)」判例時報2239号（2015年）3頁、2240号（2015年）3頁。

的保護・補償を図ることが、公的に義務づけられることなどを主張する<sup>31)</sup>。従来の住宅論を、『商品交換』で仕切ろうとする川島所有権法学の影響<sup>32)</sup>と捉え、それを批判的に塗り替える必要性を説いている。たしかに、居住を失う危険性が誰にでも内在するものであり、かつ、居住空間の確保というものが、われわれが生きていくうえで必要不可欠なものであるとすれば、今まで以上に社会全体で支える仕組みを模索していくことは、不当とは思われない。

## 6. おわりにかえて

本報告は、日韓共同のシンポジウムという趣旨を踏まえ、日本における不動産（特に土地）所有権に関するいくつかの現代的問題を、拡散的かつ簡略に紹介したにすぎない。しかし、共通する問いかけとして、「土地所有権は、民法において、純粋な意味における排他性のある独立的支配権と言い切れるのか」という点がある。この問題は、従来、民法の内外から指摘されてきた感があるが、社会構造が大きく変化している今日の状況下で、再度、土地所有権の特殊性<sup>33)</sup>を見つめ直し、民法上における不動産所

---

31) 吉田・前掲（注30・判例時報2239号）8頁。

32) 吉田・前掲（注30・判例時報2239号）7頁。

33) 不動産所有権の特殊性についての指摘は、随所で見られる。たとえば、高橋寿一は、『土地法』から『都市法』への展開とそのモメント」社会科学研究61巻3＝4号（2010年）5頁において、土地所有権を他の商品所有権と比較した場合の顕著な特性として、①有限であること、②人間の労働によっては原則としては作り出せない物であること、③位置と個性が特定していること、④人間の生存と生活にとって不可欠であること、⑤利用されて初めて価値を有すること、⑥地表面のみならずその上下の空間も権利の客体となることを挙げる（7頁）。また、平井宜雄は、『草創の頃：不動産適正取引推進機構設立三十周年記念文集』（一般財団法人不動産適正取引推進機構、2014年）408頁の中で、次のようなことを述べる。「不動産のような非常に重要な財産は、ほかの財産と性質が全然違うと考えなくてはならない」「かつては、不動産はもちろん社会の存立の基礎だったわけですが、現在においてもやはり居住とか生産活動の基礎

有権を再定義する可能性・必要性はないだろうか。

勿論、私的所有（所有権絶対の原則）の歴史的な重みを尊重しなければならない。本報告の趣旨が、不動産所有権を国家や自治体が自由に操れるようにしようとする趣旨であると受け止められるのであれば、それは大きな誤解である。そもそも公共性のコントロールの主体は、国や自治体に限られるわけではなく、地域や、地域を形成する市民自身も、十分に、公共性のコントロール主体として組み込まれるべきであろう<sup>34)</sup>。しかし、いずれにしても、土地所有権には、他の財産とは根本的に峻別すべき特殊性が内在しているように思われる。

〔追記〕シンポジウムでの報告および本小稿の執筆をするにあたり、日本財団ボランティアセンターから助成を受けて2015年10月29～31日に実施された、「現代社会分析 season01.2: 3.11. は、現代社会のなにをあらわにしたか」のための準備合宿における現地ヒアリング（南三陸、気仙沼）が大いに参考となった。また、小宮靖毅教授と合同で開講している大学院授業での小宮教授および院生との討論も、本小稿執筆の基礎となっている。注釈等には直接表れないが、関係者各位に謝意を表す。

---

になっているわけです。そうだとすれば単なる『物』の1つとして、商品の1つとして売買の対象になると考えることはおかしいのではないか。つまり、公法的な規制と私法的な規制とが渾然となるという特別な性質を、本来的にもっていたのではないかと思うわけです」。また、この平井発言を手掛かりに、フランス法との比較法も踏まえて不動産の位置づけを検討するものとして、小柳春一郎「不動産所有権論の現代的課題—物の体系における実物不動産の位置—」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）668頁。

- 34) 戒能・前掲（注3・『土地法のパラドックス』）600頁は、「『都市形成』の過程での『市民的公共性』の形成プロセス」を重視している。「そのような『自治』の観点の形成が伴って初めて、『所有権の自由』への『内在的制約』を論じる基盤が成立するのであり、これが未成熟のところでは強調されるなら、そこでは、『土地収用の民営化』が横行し、わが国の都市が、依然として『おかみの都市』であって『市民の都市』でありえないという状態の再生産が行われることになる」とする。