

過少利用時代におけるコモンズの悲劇とアンチ・コモンズの悲劇¹

角松生史(神戸大学法学研究科教授)

本ファイルは、野呂充／岡田正則／人見剛／石崎誠也編『現代行政とネットワーク理論』（法律文化社、2019.2）143-170 頁に掲載させていただいた拙稿の、草稿段階のもので、公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

1 「コモンズの悲劇」

1.1 「コモンズの悲劇」と財産権の正当化

一般に、財産権制度を正当化する根拠として、2つの筋の説明が考えられる²。第1の説明は、財産権の人格的自由保障機能、すなわち、財産権がその保有者にとって、安定した生存を保障し、人格的自由の物理的条件を形成する機能を営んでいることに着目するものである。第2の説明は、各人に財産権を割り当てる形で資源を配分することが、資源利用の効率性を高め、社会全体の厚生を増大させることを根拠とするものである。

第1の説明についてはひとまずおいて、第2の説明の一つとして、Garett Hardin が示した「コモンズの悲劇」³をあげることができる。要約すれば、以下のようになる。

「全ての人に開かれた牧草地があるとする。どの飼い主も自分の利得の極大化をめざす『合理的』な行動をとり、また、その共有地が産出する牧草の量には限界があると仮定する。この場合、牛の飼い主たちはできるだけ多くの牛を共有地に放そうとするだろう。共有地に牛を『もう一頭』放牧することによって得られる正の効用（増えた一頭の売却益）はその牛の飼い主一人のものになるが、負の効用（共有地の疲弊）は全ての牛の飼い主に分散されるから、『合理的』な牛の飼い主には『もう一頭』の放牧を避ける動機がないのである。その結果、共有地は、過度の放牧によって疲弊し、使いものにならなくなってしまう。この事態を避けるためにはどうするか。共有地を分割して各飼い主の私有財産とするのがよい」

¹ 本稿草稿を元に関西行政法研究会における報告(2018年6月24日)を行った。また、国際シンポジウム“A Cooperative Establishment in a Downscaling Society”(全北大学校(韓国)、2018年3月14日)において、本稿草稿の英語版を報告した。参加者からの様々な教示に感謝申し上げる。なお本稿はJSPS 科研費JP26285009, JP15H03290, JP18H00796の成果である。

² 角松「経済的自由権」安藤高行編『憲法II 基本的人権』（法律文化社、2001年）231-235頁、参照、長谷部恭男『憲法（第7版）』（新世社、2018年）244頁-247頁。

³ Hardin, G (1968), The Tragedy of the Commons, Science 162, 1243-1248.(桜井徹訳「共有地の悲劇」シュレーダー=フレチェット編(京都生命倫理研究会訳)『環境の倫理(下)』（晃洋書房、1993年）445-470頁)

この説明にはいくつか注意すべき点がある。第1に、上で Hardin が念頭に置く「全ての人に開かれた牧草地」が財として有する性質である。それは、外部者による利用や他の飼い主の過度な利用を抑止することが難しいという意味で、「排除性」が低いオープン・アクセス状態にある一方で、利用者が増えることによって資源が消耗するという意味の「競合性」を備えている。すなわち、Elinor Ostrom がいう「コモンプール財」である⁴。現在の日本において、土地自体の本来の利用—土地から得られる資源の利用—に着目すれば、このような「コモンプール財」としての性質を備えている土地は少ないだろう。「無主物」としての土地は基本的に存在せず、ほとんど全ての土地に私的主体・公的主体いずれかの所有権が設定されているため、「生産目的のために誰でも自由に利用できる土地」は、ほぼ存在しないと思われる。もちろん Hardin の設例は、財産権のない世界を想定した言わば「寓話」なのだから、これは当然のことかも知れないが。

しかし、例えば漁業資源の管理、エネルギー消費による地球温暖化、交通渋滞など、土地「以外」で所有権の設定が難しい対象について、「コモンズの悲劇」と類似する現象を見出せる例は少なくない⁵。また、土地について見ても、「所有者はいるが誰も現実に管理していない空き地における不法投棄」、「誰も維持管理しない児童公園」などにも類似の特徴が見出される。Hardin も「共有地から何かを取り出すことではなく、共有地に何かを放り込むことが問題になる」⁶として、環境汚染及びその原因としての人口増加を例にあげる。以下本稿では、上の牧草地の設例のような「資源としての土地の利用に関するオープン・アクセス状態」を「本来的コモンズ」、「土地以外の対象についてのオープン・アクセス状態、または資源利用『以外』の目的に関する土地についてのオープン・アクセス状態」を「比喩的コモンズ」と呼ぶことにする。

第2に、Hardin は、「コモンズの悲劇」の解決のために、所有権の設定以外の方法もあげている。国立公園が入場者の過度の増加によって破壊されてしまうことを防止するためには、それを(1)「私有財産として売却する」方法に加えて、(2)「公有財産にしたままで、入園する権利を分配すること」もできる。入園する権利の分配には(i)オークションによる分配、(ii)あらかじめ合意された基準を用いた各人の功績(メリット)による分配、(iii)くじ、(iv)先着順などさまざまな可能性がある⁷。

ここでひとまず、(1)を「所有権による解決」、(2)を「ルールによる解決」と呼ぼう⁸。(2)において、ルールを設定・執行する主体としては、まず政府を想定することができる。しかし、(Hardin は想定していないかも知れないが)少なくとも論理的可能性としては、「上の『飼い主』たちの自治的な集団による管理」も考えることができる。コモンズ研究者には、実際に存在する(した)共同所有地について、地域社会による共同的・自治的な持続的管理が可能であることを強調する者が多く、彼らは「コモンズの喜劇」論者⁹と呼ばれることがある。

また、上の設例が共有牧草地の疲弊を招いたのは、経営単位としての「個々の飼い主」の眼から

⁴ 高村学人「都市コモンズを支える制度(体)と法政策—エリノア・オストロムの法学へのインパクト」コミュニティ政策15号(2017年)47頁

⁵ Hardin は、クリスマスシーズンにおける駐車スペースの無料化、海洋資源、国立公園への入場者増加などの例を挙げる。Hardin(Fn. 3), p.1245(邦訳453-454頁)

⁶ Hardin(Fn. 3), p.1245(邦訳454頁)

⁷ Hardin(Fn. 3), p.1245(邦訳454頁)

⁸ もっとも、「入園する権利」を「所有権」と定義すれば、これも「所有権による解決」のバリエーションと捉えることもできる。このように、「所有権による解決」と「ルールによる解決」はしばしば相対的であり、両者の相違は法技術的区別に依存する部分がある。

⁹ 高村学人『コモンズからの都市再生』(ミネルヴァ書房、2012年)7頁

見て「もう一頭」の放牧が「合理的」だったからである。もし個々の飼い主を経営単位とするのではなく、彼らが共同して会社を設立したとすれば、牧草地全体を見渡して長期的に最大の利益を生み出すため、持続的に管理できる方策を考えることになるだろう。少なくとも論理的可能性としては、これも「コモンズの悲劇」の解決方策たりうる。これを(3)「共同経営による解決」と呼ぼう。

1.2 コモンズとしての景観

2000年代初めの日本においては、「景観」に対する法的関心が突如高まり、2004年には景観法が成立した。そのきっかけの一つとなったのが国立マンション事件である。この事件では、同市まちづくりのシンボリック存在の「大学通り」沿いにおける高さ約40mのマンション建築計画に対して、周辺の住民や学校が反対運動を展開した。当時の都市計画法・建築基準法上はこの高さのマンション建設も許容されていたが、周辺住民らは、大学通り沿いに高さ約20mで立ち並ぶ銀杏・桜並木と同マンションの高さが調和せず景観を損なうと考えたのである。そのため国立市は急遽、高さを20mに制限するなどの内容の地区計画及び建築条例を制定した。しかし、建築基準法を所管する東京都は、同条例の施行日において同マンションは「現に建築工事中」（建築基準法3条2項）だったため地区計画・建築条例は同マンションには適用されない（既存不適格）として措置を執らなかったため、周辺住民らが訴訟を提起したものである。多くの訴訟事件があるが、(1)ディベロップパーに対して、同マンションの高さ40mを超える部分の建築差し止め（工事進行後は撤去）を求める民事訴訟と(2)地区計画・建築条例は同マンションに適用「される」ことを前提として、東京都に対して、高さ40mを超える部分の建築禁止命令（工事進行後は除却命令）を出すことを求める行政訴訟が重要である。

この事件において、ともに住民側の主張を認めた行政訴訟第一審判決¹⁰及び民事訴訟第一審判決¹¹のそれぞれ次のような判示は、景観をコモンズとして捉えている¹²。なお、両訴訟の控訴審判決および民事訴訟最高裁判決¹³は、いずれも住民側の主張を退けた。

<行政訴訟第一審判決>

「景観は、通りすがりの人にとっては一方的に享受するだけの利益にすぎないが、ある特定の景観を構成する主要な要素の一つが建築物である場合、これを構成している空間内に居住する者や建築物を有する者などのその空間の利用者が、その景観を享受するためには、自らがその景観を維持しなければならないという関係に立っている。しかも、このような場合には、その景観を構成する空間の利用者の誰かが、景観を維持するためのルールを守らなければ、当該景観は直ちに破壊される可能性が高く、その景観を構成する空間の利用者全員が相互にその景観を維持・尊重し合う関係に立たない限り、景観の利益は継続的に享受することができないという性質を有している。すなわち、このような場合、景観は、景観を構成する空間を現に利用している者全員が遵守して初めてその維持が可能になるのであって、景観には、景観を構成する空間利用者の共同意識に強く依存せざるを得ないという特質がある。」

¹⁰ 東京地判 2001 年 12 月 4 日判時 1791 号 3 頁

¹¹ 東京地判 2002 年 12 月 18 日判時 1829 号 36 頁

¹² 参照、角松「コモンズとしての景観の特質と景観法・景観利益」論究ジュリスト 15 号（2015 年）26-27 頁

¹³ 行政訴訟最高裁判決は実質的な判断を行っていない。

<民事訴訟第一審判決>

「ある特定の地域や区画(以下、(略)単に「地域」という。)において、当該地域内の地権者らが、同地域内に建築する建築物の高さや色調、デザイン等に一定の基準を設け、互いにこれを遵守することを積み重ねた結果として、当該地域に独特の街並み(都市景観)が形成され、かつ、その特定の都市景観が、当該地域内に生活する者らの間のみならず、広く一般社会においても良好な景観であると認められることにより、前記の地権者らの所有する土地に付加価値を生み出している場合がある。

このような都市景観による付加価値は、自然の山並みや海岸線等といったもともとそこに存在する自然的景観を享受したり、あるいは寺社仏閣のようなもっぱらその所有者の負担のもとに維持されている歴史的建造物による利益を他人が享受するのとは異なり、特定の地域内の地権者らが、地権者相互の十分な理解と結束及び自己犠牲を伴う長期間の継続的な努力によって自ら作り出し、自らこれを享受するところにその特殊性がある。そして、このような都市景観による付加価値を維持するためには、当該地域内の地権者全員が前記の基準を遵守する必要がある、仮に、地権者らのうち1人でもその基準を逸脱した建築物を建築して自己の利益を追求する土地利用に走ったならば、それまで統一的に構成されてきた当該景観は直ちに破壊され、他の全ての地権者らの前記の付加価値が奪われかねないという関係にある。」

景観のコモンズとしての性質は次のように説明できる。Hardin の「コモンズの悲劇」を回避するために、法は、(1)本来的には連続した地表を個別的地片に分割し、さらに(2)土地の所有権は上下に及ぶ(民法 207 条)と定めてその上部の空間も分割するという「二重の空間分割」によって、土地所有権を創出した。しかし、景観はその性質上物理的分割が不可能であり、また「利益享受者の全てがルールを守った節度ある利用と必要な維持管理を行うならば持続的に資源から各人が大きな利益を得ることができるが、少数の利用者が近視眼的な自己利益追求を行うならば容易に破壊される性質を有する財」としての性質を備えている¹⁴。景観に対する人々の関心や経済的重要性が高まると、「コモンズの悲劇」が再び発生することになるのである。

そして、上記2判決の特徴は、景観保全のためのルールをエンフォースするための一定の役割を原告ら近隣住民に認めたことにある。

行政訴訟第一審判決は、次のように述べて、近隣住民に原告適格—地区計画・建築条例が定める行政法的ルールを発動させるために行政訴訟を起こす資格—を認めた。

「本件地区のうち高さ制限地区の地権者は、……本件建築条例及び本件地区計画により、それぞれの区分地区ごとに10メートル又は20メートル以上の建築物を建てることができなくなるといって規制を受けているところ、これら本件高さ制限地区の地権者は、大学通りの景観を構成する空間の利用者であり、このような景観に関して、上記の高さ規制を守り、自らの財産権制限を受忍することによって、前記のような大学通りの具体的な景観に対する利益を享受するという互換的利害関係を有していること……などを考慮すると、本件建築条例及び建築基準法68条の2は、大学通りという特定の景観の維持を図るといって公益目的を実現するとともに、本件建築条例によって直接規制を受ける対象者である高さ制限地区地権者の、前記のような

¹⁴ 高村・前掲注(9)、3頁

内容の大学通りという特定の景観を享受する利益については、個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む……」

また、民事訴訟第一審判決も、上の引用部分に述べられているような状況、すなわち(a)特定の地域内において、当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、(b)相当の期間、ある特定の人工的な景観が保持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、(c)地権者の所有する土地に付加価値を生み出したという3要件が満たされた場合には、

「当該地域内の地権者らは、自らの財産権の自由な行使を自制する負担を負う反面、他の地権者らに対して、同様の負担を求めることができなくてはならない。」

としている。

同判決は、行政法的規制とは論理的に関係なく、コモンズの利用に関する地権者らの不文律的な自己規制(=いわば慣習法的ルール)の事実から、地域住民に対して、民事不法行為法上の法的保護性を有する「景観利益」を導き出している。その上で、その「景観利益」を根拠に、上記ルールに違反する建物の建築の差し止めを求める権限を当該地域住民に認めているのである。対象となるルールは異なるが、それらルールのエンフォースメントにおける一定の役割を地域住民に認めるという点では、両判決は共通している。

「コモンズとしての景観」の例が我々に教えることは、第1に、既に分割されて「本来的コモンズ」がもはや存在しない場合であっても、経済的・社会的状況や人々の意識の変化—例えば景観の「財」としての価値の上昇—によって「比喩的コモンズ」が問題として浮上する可能性があることである。第2に、「コモンズの悲劇」を発生させない¹⁵ためには、その「比喩的コモンズ」を再度分割する(「所有権による解決」)¹⁶か、コモンズのままとした上で、その管理に関するルールを設定する(「ルールによる解決」)必要があることである。後者の場合、第3に、コモンズの利害関係者には一定の「利害協団体」的性質が生まれる(行政訴訟第一審判決の「互換的利害関係」という概念はそのことを示している)。そして、その協団体の構成員には、上記のルールをエンフォースする上での一定の「権限」—個人の「権利」であると同時に、協団体管理の「権限」としての性質を持っている—が認められる場合があるのである。

¹⁵ 関西行政法研究会において、野呂充(大阪大学)から、「仮に景観は破壊されるがディベロッパーが利益を得続けているとすれば、『コモンズの悲劇』とは言えない。『コモンズの悲劇』が生じないことこそが景観問題の難しさではないか」という趣旨の重要な指摘を受けた。この点は、同一の空間が、財として、「直接の利用の対象となる分割された土地所有権及びその上部の空間」と「共有物としての景観」の二つの性質を同時に具えていることによるのではないかと考えられる。土地利用者が前者の財のみに関心を持っている限り、同人にとってはコモンズの悲劇は生じず、後者の財に関心を持つ者の不利益と引き換えに利益を享受することができる。また、後者の財に関心を持つ者の場合も、一人だけが高層建築物を建築する場合は、当該利用者は、他の者の不利益の下に、少なくとも眺望の利益を享受することができる。多くの高層建築物が建築されて社会的ジレンマ状況(参照、角松生史/島村健/竹内憲司「環境を守るためのルールとは」柳川隆/高橋裕/大内伸哉編『エコノリーガル・スタディーズのすすめ—社会を見通す法学と経済学の複眼思考』(有斐閣、2014年)270-271頁)が発生して始めて、高層建築物を建築する者にとってもコモンズの悲劇が生じたと言えるだろう。

¹⁶ 景観問題についても、地役権の設定は一つの解決策たり得る。

1.3 コモンズ管理としてのエアリアマネジメント

近年、「地域における良好な環境や地域の価値を維持・向上させるための、住民・事業主・地権者等による主体的な取り組み」¹⁷としてのエアリアマネジメントが注目されている。地域を活性化するためのイベント実施・清掃活動への取り組み・自主的なまちづくりルールの設定などがその内容である。このエアリアマネジメントの取り組みも、一定の範囲の地域空間ないしその空間の中の個別施設・個別活動をコモンズとして捉えた上で、地域の関係者で構成される団体が当該コモンズの管理を担っていくことにより、コモンズの悲劇に対する上記(3)「共同経営による解決」を実現しようとするものと理解できる。

コモンズ管理としてのエアリアマネジメント活動を法律上位置付けていく際に問題になることとして、(ア)どのような場合にエアリアマネジメント活動を公的に承認し、当該活動の主体(エアリアマネジメント団体)・空間的範囲・関係者の範囲をどのように定義するか、(イ)当該活動のための費用負担をどのように配分し、徴収するか(フリーライダーの発生防止)、(ウ)((イ)とも関係するが)、当該活動に同意していない関係者に対しても、費用負担や自主的まちづくりルールの遵守を強制することができるか などの点がある¹⁸。

2014年に成立した大阪市エアリアマネジメント活動促進条例¹⁹(以下、「大阪市条例」という。)は、北米・欧州で広く用いられているビジネス改善地区(Business Improvement District, 以下「BID」という)²⁰類似の制度を導入したものである。エアリアマネジメント活動の安定した財源を確保し、フリーライダーの発生を防止することがその主要な目的であるが、同条例は、「現行法令は変えずに、エアリアマネジメントに関連する現行の既存制度を活用しながら、市条例によりエアリアマネジメントの財源部分を付加し、これらをパッケージ化する」²¹ものだとされる。

大阪市条例は、上記(ア)について、エアリアマネジメント団体を都市再生特別措置法第118条に基づく「都市再生推進法人」として指定して公的な位置付けを与え、また、市長が認定する「地区運営計画」において条例上も団体を認定し、実施区域を特定する(大阪市条例第2条)²²。

(イ)については、認定を受けたエアリアマネジメント団体に対して、都市再生特別措置法上の都市利便増進施設²³の一体的な整備又は管理に要する費用に相当する額を補助金として交付し、また、

¹⁷ 国土交通省土地・水資源局『エアリアマネジメント推進マニュアル』(2008年3月)

(http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha08/03/030425_.html)9頁(以下で挙げるURLは全て最終アクセス2018年11月29日)

¹⁸ 参照、Narufumi Kadomatsu, Inclusion and Seclusion in Area Management Activities, *Zeitschrift für Japanisches Recht (Journal of Japanese Law)*45(2018), pp.8-10.

¹⁹ 参照、大阪市都市計画局計画部都市推進課「大阪市エアリアマネジメント活動促進条例」小林重敬編『最新エアリアマネジメント』(学芸出版社、2015年)103-168頁

²⁰ 訳語は高村学人「サンフランシスコ市におけるビジネス改善地区の組織運営とその法的コントロール(1)」政策科学24巻3号265-291頁(266頁)に従った。原田大樹「街区管理の法制度設計—ドイツBID法制を手がかりとして」法学論叢180巻5・6号(2017年)436頁は「商業活性化区域」という訳語を充てる。

²¹ 大阪市都市計画局計画部都市推進課・前掲注(19)、165頁

²² 当該区域における地区計画において、エアリアマネジメント活動により適切に都市施設の整備又は管理を行うこととする旨が、当該区域の整備、開発及び保全に関する方針として定められている場合に限る(大阪市条例2条1項)とされている。

²³ 「広場、街灯、並木その他の都市の居住者その他の者の利便の増進に寄与する施設等であって国土交通省令

その交付に要する費用に充てるため、地権者等の認定整備等の実施により利益を受ける者から、地方自治法 224 条²⁴の規定による分担金を徴収するものとされている(大阪市条例 6 条)。このように分担金を原資として交付できる補助金は都市利便増進施設の整備・管理業務に要する費用(「地域内の公共空間における高度な管理的業務」)に限定され、「地域内の公共空間におけるプロモーション活動や収益活動」や「地域内の民有空間における活動」には支出できない²⁵。また、地方自治法 224 条に定める「当該事件により特に利益を受ける者から、その受益の限度において」という限定が課されている。

(ウ)については、事前に負担に同意した者からのみ分担金を徴収することを可能にする仕組みをとっている。エリアマネジメント団体(都市再生推進法人)と地権者との間の都市利便増進協定の締結・認定(認定都市利便増進協定、都市再生特別措置法 74 条、76 条)が地区運営計画の認定(大阪市条例 2 条)、したがって分担金徴収の前提となるのである。

2018 年 6 月、エリアマネジメントに関連する 2 件の法改正—地域再生法改正及び都市再生特別措置法改正—が成立した。

地域再生法の改正は、大阪市条例と同様、BID の仕組みを導入するものである。同法は、「自然的経済的社会的条件からみて一体である地域」において観光客増加により雇用機会の増大・経済基盤の増大が見込めるエリアマネジメント活動を「地域来訪者等利便増進活動」(同法 5 条 4 項 6 号)と定義する(上記(ア))。この「地域来訪者等利便増進活動」を実施するエリアマネジメント団体は、当該活動を盛り込んだ計画について市町村²⁶長の認定を申請することができる(同法 17 条の 7 第 1 項)。認定申請の要件の 1 つとして、当該活動から利益を受ける受益事業者の総数の 2/3 以上、かつ負担金額の割合についても 2/3 以上の事業者の同意を得ていることがある(同法 17 条の 7 第 5 項、上記(ウ))。認定された場合、市町村は当該活動から利益を受ける受益事業者から負担金を徴収し、エリアマネジメント団体に対する交付金に充てることができる(同法 17 条の 8、上記(イ))。(i)関係者の範囲を(「地権者」や「居住者」ではなく)「受益事業者」として捉えたこと、また、(ii)大阪市条例とは異なり、2/3 以上の事業者から同意があれば、同意していない事業者からも負担金の徴収が可能になることが、本改正の特徴である。

都市再生特別措置法改正は、コンパクト・シティを実現するために 2014 年に既に導入されていた「立地適正化計画」において「居住誘導区域」又は「都市機能誘導区域」と定められた空間的範囲について(上記(ア))、地域交流広場・コミュニティ施設・防犯灯等を、当該区域における「立地誘導促進施設」(都市再生特別措置法 81 条 8 項)として盛り込むことを可能にするものである。この場合、当該区域の地権者等は、全員の合意によって(上記(ウ))、市町村長の認可を得た上で、当該「立地誘導促進施設」に関する協定を締結して、費用負担等についても定めることができる(上記(イ)、同法 109 条の 2、45 条の 2 第 4 項)。当該協定等への参加を承諾しない者に対しては、地権者等全員の合意による申請に基づき、市町村長は参加をあっせんすることができる(同法

で定めるもの」都市再生特別措置法 46 条 16 項

²⁴ 地方自治法 224 条「普通地方公共団体は、政令で定める場合を除くほか、数人又は普通地方公共団体の一部に対し利益のある事件に関し、その必要な費用に充てるため、当該事件により特に利益を受ける者から、その受益の限度において、分担金を徴収することができる」

²⁵ 大阪市都市計画局計画部都市推進課・前掲注(19)、168 頁。参照、原田・前掲注(20)、474-475 頁

²⁶ 地域再生計画について内閣総理大臣の認定(地域再生法第 5 条)を得た市町村(認定市町村、同法 17 条の 7 第 1 項)に限られる。

109 条の 3)。地域再生法と異なり、都市再生特別措置法では全員の同意が要求されているが、市町村長のあっせんの可能性が規定されていること、認可を得た協定は、協定締結後に土地を購入などして当該協定の締結には参加していない者に対しても、効力を有することになること(承継効)(同法 109 条の 2 第 3 項、45 条の 8 第 5 項)がポイントである。国土交通省の資料は、立地誘導促進施設の性格を「コモンズ」と説明している²⁷。

前記のように、エリアマネジメント活動の取り組みは、コモンズの悲劇に対する第 3 の解決—「共同経営による解決」²⁸—の一種と理解できる。それは、エリアマネジメント対象区域における経済活動の活性化・土地の資産価値を高めるのみならず、当該地域における社会関係資本の増加をもたらすことが期待される。当該エリアマネジメント対象区域の外に対するスピル・オーバー効果の可能性もある。他方で、当該活動に同意していない関係者に対して活動への協力を強制するために必要な「公共性」の根拠がどこにあるかについて、より詳細な検討が必要であろう²⁹。特に、エリアマネジメント活動が同質的な利害を有する構成員によって担われることによって、異質な利害を有する関係者の排除をもたらさないか(特に住宅地で行われた場合は、ジェントリフィケーションの進行が危惧される)という点については、慎重な検証が必要である³⁰。

2. アンチ・コモンズの悲劇

2.1 Heller の議論

Hardin の「コモンズの悲劇」をもちろん意識して、Michael Heller の 1998 年の論文は「アンチ・コモンズの悲劇」を提示する³¹。「アンチ・コモンズ」とは、「希少な資源に対して、複数の所有者が〔他者を〕排除する有効な権利を有している所有制度」と定義される³²。アンチ・コモンズは、法

²⁷ <http://www.mlit.go.jp/common/001220829.pdf>

²⁸ ここでいう「共同経営」は、地権者等が経営に実質的に関与する場合に限られず、エリアマネジメント団体が主に特定の民間企業等によって担われる場合も含みうるものと考えられる。「コモンズの悲劇」を回避して長期的・持続的管理を実現するために一つの経営体を設立するとしても、そこで重視されるのが「迅速な意思決定、経営感覚の発揮」なのか、協同組合的な「構成員の平等と参加」なのかは、また別の論点として浮上するだろう。参照、高村学人「現代総有論の歴史的位相とその今日的意義」五十嵐編著『現代総有論序説』(ブックエンド、2014 年)60-103 頁(72-73 頁)(この点は、関西行政法研究会における原田大樹(京都大学)の示唆による)

²⁹ 当該地域あるいはその周辺の資産価値を高めることそれ自体は個別的・財産的利益に過ぎないとも考えられ、同意なしに金銭を徴収することの正当化にも公的財政支出の正当化にも直ちにつながるとは言えないだろう。そのため、これに公共性を認めるためには、例えばより広域的な都市計画における当該地域の位置付け等、一定の条件を充たすことが求められると思われる(角松「『都市のスポンジ化』への対応と公共性」榎澤能生/佐藤岩夫/高橋寿一/高村学人編『現代都市法の課題と展望 原田純孝先生古稀記念論集』(日本評論社、2018 年)53-72 頁(69 頁))。改正地域再生法の BID の仕組みが政府の定める地域再生基本方針に適合する地域再生計画の認定を前提としていること、改正都市再生特別措置法の仕組みが立地適正化計画への適合を前提としていることは、この観点から理解できる。

³⁰ 参照、高村・前掲注(20), Kadomatsu (Fn. 18), pp. 12-13

³¹ Michael Heller, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 *Harvard Law Review* (1998) 621-688. Heller のアンチ・コモンズ論に対しては知財法分野からの関心がむしろ強いと思われるが、土地法との関係で検討するものとして、高村・前掲注(28), 75-81 頁、同「過少利用時代における所有権論・再考」法社会学 81 号(2015 年)65-67 頁、同「土地・建物の過少利用問題とアンチ・コモンズ論」論究ジュリスト 15 号(2015 年)63-64 頁。

³² Heller (Fn. 31), p. 668

的アンチ・コモンズと空間的アンチ・コモンズに区別される。Heller は、所有権を「権利の束」(bundle of rights)と捉える³³のだが、「法的アンチ・コモンズ」は、たとえば同じ不動産について、「所有する権利・賃貸する権利・使用する権利が、当初からばらばらの持ち主に配分されている状態」を指す。それに対して「空間的アンチ・コモンズ」は、「核となる『権利の束』が各個別所有者に与えられているが、空間的に狭小すぎるため、当該時点および場所における有効な利用が困難な状態」を指す³⁴。このようなアンチ・コモンズの状態に陥ると、資源は過少利用(underuse)状態を招きがちであり(「アンチ・コモンズの悲劇」、後に権利を集約することは、取引費用の高さや当事者の戦略的行動等により、それらを集約することは困難になるというのである³⁵。

2.2 森林法最高裁判決

前記のように Heller は「所有権=権利の束」という英米法的な見方を前提にして議論を展開しているが、日本法は、「単独所有」または「一物一権主義」、すなわち、「1つの物に対する所有権者は1人であり、その所有権は『自由かつ排他的』」³⁶であるという見方を基本的にとっている。この立場からすると、共同所有形態については基本的に消極的な評価が与えられることになる。

民法 249 条以下の共有についてこのような見方を示したものとして、森林法最高裁大法廷判決³⁷がある。同判決の事案では、父親から森林を生前贈与され、持分1/2ずつで共有していた兄弟の間で不和が生じ、弟が共有森林の分割を請求した。民法上では一般に、各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができる(民法 256 条1項)のだが、当時の森林法 186 条は、共有森林の場合は、持分価額1/2以下の共有者にはこの分割請求権を否定していた。第1審・控訴審は同法の規定に基づいて弟の請求を退けたが、最高裁は、森林法 186 条は公共の福祉に適合しない財産権の制限であって憲法 29 条 2 項に違反すると判断し、事件を原審に差し戻した。

同判決には様々な理論的問題があるが³⁸、ここでは専ら、同判決の、共有制度および共有物分割請求権に関する次のような見方に注目する。

「森林法 186 条は、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者(略)に民法 256 条 1 項所定の分割請求権を否定している。そこでまず、民法 256 条の立法の趣旨・目的について考察することとする。共有の場合にあつては、持分権が共有の性質上互いに制約し合う関係に立つため、単独所有の場合に比し、物の利用又は改善等において十分配慮されない状態に

³³ 「希少な資源の利用と管理に関する二当事者間の関係を表象する個別の権利の束」という所有権イメージである。Heller(Fn.31), p623 n.4.

³⁴ Heller (Fn.31),p.671

³⁵ Heller (Fn.31),p.659

³⁶ 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」LS 憲法研究会編『プロセス演習憲法(第4版)』(信山社、2011年)303頁

³⁷ 最大判1987年4月22日民集41巻3号408頁

³⁸ 批判的考察の出発点とされるのは、この弟は、生前贈与により森林を共有するようになった当初の時点から、旧森林法により改正前森林法 186 条と同様の分割請求権の制限を受けている、すなわち、「もともと分割請求権が制限されていた持分をそれと知って取得した」のではないか、「上告人の立場は、住宅を建築しようとして第一種低層住居専用地域に属する土地を購入したが、後に気が変わって、10階建てのビルを建築したくなった、という場合と似ているのではないか」という「素朴な疑問」である(安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味—森林法違憲判決の再検討」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』(1995年、日本評論社)138-139頁。

おかれることがあり、また、共有者間に共有物の管理、変更等をめぐって、意見の対立、紛争が生じやすく、いつたんかかる意見の対立、紛争が生じたときは、共有物の管理、変更等に障害を来し、物の経済的価値が十分に実現されなくなるという事態となるので、同条は、かかる障害を除去し、共有者に目的物を自由に支配させ、その経済的効用を十分に発揮させるため、各共有者はいつでも共有物の分割を請求することができるものとし、しかも共有者の締結する共有物の不分割契約について期間の制限を設け、不分割契約は右制限を超えては効力を有しないとして、共有者に共有物の分割請求権を保障しているのである。このように、共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、右のような公益的目的をも果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、民法において認められるに至つたものである。」

同判決は、①共有制度について、「持分権が共有の性質上互いに制約し合う関係に立つ」ことから「物の経済的価値が十分に実現されなくなる」事態をもたらすものとして認識し、また、②単独所有を「近代市民社会における原則的所有形態」と捉えた上で、共有状態は、分割請求権が行使されることによっていずれ単独所有に移行すべき過渡的な状態だと理解している。

①の見方は、複数の権利者がお互いに使用・収益・処分を排除することができることが「過少利用」をもたらすとする点で、Heller の「法的アンチ・コモンズ」概念に近い。ただし「法的アンチ・コモンズ」の場合は、複数の権利者がそれぞれ細分化された権利を有しているのに対して、共有状態は、1つの権利に対して複数の者が「持分」を持っているという法的構成の相違はある。

森林法 186 条が分割請求権を否定した趣旨は、森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図ることにあつたが、最高裁は、次のように述べて、そのような立法目的と同法同条の制限との間には、合理的な関連性がないとしている。

「森林が共有となることによつて、当然に、その共有者間に森林経営のための目的的団体が形成されることになるわけではなく、また、共有者が当該森林の経営につき相互に協力すべき権利義務を負うに至るものではないから、森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない。したがつて、共有森林の共有者間の権利義務についての規制は、森林経営の安定を直接的目的とする前示の森林法 186 条の立法目的と関連性が全くないとはいえないまでも、合理的関連性があるとはいえない。共有者間、ことに持分の価額が相等しい二名の共有者間において、共有物の管理又は変更等をめぐって意見の対立、紛争が生ずるに至つたときは、各共有者は、共有森林につき、同法 252 条但し書に基づき保存行為をなしうるにとどまり、管理又は変更の行為を適法にすることができないこととなり、ひいては当該森林の荒廃という事態を招来することとなる。同法 256 条 1 項は、かかる事態を解決するために設けられた規定であることは前示のとおりであるが、森林法 186 条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法の右規定の適用を排除した結果は、右のような事態の永続化を招くだけであつて、当該森林の経営の安定化に資することにはならず、森林法 186 条の立法目的と同条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定したこととの間に合理的関連性のないことは、これを見ても明らかであるというべきである。」

森林法大法廷判決は、共有状態を「法的アンチ・コモンス」をもたらすおそれがある状態として捉えた上で、それを解決するために、分割して単独所有を実現することを原則的な処方箋として提示している。それではこのような処方箋で必要・十分だろうか。もちろんそうではない。節を改めてこの点を検討しよう。

2.3 所有者不明土地問題と「法的アンチ・コモンス」

2010年代後半から、「所有者不明土地」問題が急速に社会問題として浮上した³⁹。国土計画協会「所有者不明土地問題研究会」の推計によれば、日本の全国土の約20%、九州の面積を上回る410万haの土地が所有者不明状態になっているのではないかとされる⁴⁰。さらに、死亡数の増加やアンケートから見た相続意識の希薄化からすれば、2040年には所有者不明土地面積が約720haまで増加するという推計も示されている⁴¹。

このような状況をもたらしている「主たる要因」は、相続未登記である⁴²。相続発生時に登記がなされず、相続人の中での共有状態が継続し、それが何代にも及び相続人が多数になるのである。しばしば言及される事例であるが、2013年にある自治体が道路建設のためにわずか192㎡の土地を取得しようとしたところ、当該土地については1948年以来相続に伴う登記書き換えがなされず、ねずみ算式に増えた約150名の共有者に連絡を取らなければならなかったとされる⁴³。

相続に伴って生じる「法的アンチ・コモンス」状態が、莫大な取引費用を発生させ、公共用地としての利用や震災復興を妨げている。つまり、「過少利用」状態が生じていると言える。また、所有者不明土地は、農地や森林の適正な管理にとっても障害になっている。

しかし、森林法大法廷判決が想定するような「共有地の分割を認めること」—Hardinの第1の解決—は、上のような「法的アンチ・コモンス」状態の解決としては、必ずしも機能しない。

第1に、そもそも土地の共有者である相続人は、いつでも遺産分割を請求できる—既に「分割が認められている」—のであって、それがなされなかったのは、分割のために必要な取引費用（登録免許税等、司法書士等の専門家への依頼費用、遺産分割協議の費用等々）が理由であろう。現在日本で生じている土地の利用価値の低下に伴い、共有者にとって、土地から得られる利益よりも取引費用の方が上回るようになったから分割が行われないのである。つまりこの場合、「過少利用」は、「法的アンチ・コモンス」の「結果」でもあるが、その「原因」でもある。(1)土地についての「過少利用」状態と取引費用の関係—いや、正確に言えば、土地への経済的需要自体が低下しているのだから、資源が有効に利用されていないという意味での「過少」利用とはこの段階では言えない⁴⁴—

³⁹ 実態と問題点を的確に示すものとして、吉原祥子『人口減少時代の土地問題—「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』（中央公論社、2017年）

⁴⁰ 所有者不明土地問題研究会最終報告（2017年12月）13頁

（http://www.kok.or.jp/project/pdf/fumei_04_02.pdf）。なお、同研究会において「所有者不明土地」とは、「不動産登記簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しない、又は判明しても所有者に連絡がつかない土地」と定義されている（同報告4頁）

⁴¹ 所有者不明土地問題研究会・前掲注（40）、15頁

⁴² 武川幸嗣「所有者不明土地問題の検討課題」法律時報96巻2号（2018年）2頁

⁴³ 東京財団『国土の不明化・死蔵化の危機』20頁（<https://www.tkfd.or.jp/files/doc/2013-06.pdf>）。参照、吉原祥子「土地の『所有者不明化』と制度の課題」法律のひろば70巻8号（2017年）5頁

⁴⁴ 実はHellerにおける「過少利用」は、そもそも概念上、費用便益分析的発想と不可分に結びついている。「通常の利用」と「過剰利用」という伝統的な対比に「最適利用」という観念が持ち込まれることによって、「過少利用」概

によって「法的アンチ・コモンズ」が発生し、(2)その「法的アンチ・コモンズ」がますます取引費用を拡大させて、(3)当該土地についての経済的需要が発生した場合であっても利用できないという「過少利用」を招くという悪循環が発生している。分割自体に取引費用が必要である場合は、その費用分担について検討することなしに、「法的アンチ・コモンズ」は解決できないのである。

第2に、仮に分割によって「法的アンチ・コモンズ」は解決できたとしても、「空間的アンチ・コモンズ」が発生させる場合がある。所有権が細分化されすぎて有効利用が達成できないのである。いわゆる「共有私道」の所有者不明問題⁴⁵はこの点を示している。主として建築物の建築基準法上の接道義務を果たすために、隣接する所有者が共同で私有地を道路として提供している場合がある⁴⁶。この「共有私道」の所有者が不明になっていることで、舗装の修復や水道管・下水道管の新設が困難になるなどの「アンチ・コモンズの悲劇」が発生させている。

ここで共有私道には、隣接所有者によって共有されている場合（共同所有型私道）に加えて、「相互持合型私道」と呼ばれる類型がある。「私道付近の宅地を所有する複数の者が、それぞれの所有する土地を通路として提供し、私道がこうした数筆の土地により形成されている」⁴⁷類型である。道路建設当初から所有権を意図的に細分化して相互に利用させ合うことで、お互いに利用妨害できない状態が作り出されていたのである。この類型の場合「法的アンチ・コモンズ」は存在しないが、細分化された個別所有地の所有者への連絡が取れなくなれば、「空間的アンチ・コモンズ」問題を発生させる。

2.4 「アンチ・コモンズの悲劇」に対する対応策⁴⁸

2.4.1 分割による解決と所有権集約による解決

それでは所有者不明状態がもたらすアンチ・コモンズの悲劇に対して、どのような対応策が可能だろうか。

第1に、所有法の問題として分割で解決しようとする場合、取引費用を誰が負担するのか、また、細分化された所有権をどのように集約するのか⁴⁹について議論が必要である⁵⁰。

第2に、所有者不明土地がもたらしているのがどのような問題であり、どのような意味において「アンチ・コモンズの悲劇」が発生しているのかによって、対応策を区別すべきである。高村学人は、

念が必要になり、また、リスク規制において問題になるようなトレードオフの検討に道を開くことになるというのである (Heller (Fn.31), p.15-16; Heller, *The Gridlock Economy* (Basic Books, 2008), p.35-36. 参照、角松「過少利用時代における所有者不明問題」土地総合研究 25 巻 2 号(2017 年)19-20 頁。

⁴⁵ 参照、法務省「共有私道の保存・管理等に関する事例研究会」報告書「複数の者が所有する私道の工事において必要な所有者の同意に関する研究報告書～所有者不明私道への対応ガイドライン～」(2018 年 1 月) (http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00203.html) 同報告書では、「共有私道」を「国や地方公共団体以外の者が所有する、一般の用に供されている通路であって、法令上、国や地方公共団体が管理することとされていないもの」と定義している(6 頁)。

⁴⁶ 位置指定道路(建築基準法 42 条 1 項 5 号)の指定を受けている場合が多いだろう。

⁴⁷ 法務省「共有私道の保存・管理等に関する事例研究会」前掲注(45),14 頁

⁴⁸ 以下 2.4 の記述は、角松・前掲注(44)と一部重複する。

⁴⁹ 例えば Heller による土地集約区の構想が挙げられる。高村学人「土地・建物の過少利用問題とアンチ・コモンズ論」論究ジュリスト 15 号(2015 年)63 頁

⁵⁰ これに加えて、所有者情報をどのように生産し・流通させるのかについての検討も必要になる。角松・前掲注(44),20 頁

「過少利用」を(a)全体論的過少利用(=相隣に迷惑をかけていないが不動産の有効利用が立地に照らして十分になされていない状態)と(b)相隣侵害的過少利用(=管理不全のため外部不経済が大きくなり相隣に侵害を及ぼしている状態)の二つに分類する⁵¹。この観点から、現在なされている法的対応について検討する。

2.4.2 近隣外部不経済に対する対応

(1)所有者不明により(b)「相隣侵害的過少利用」、即ち近隣外部不経済が生じている例としては、空き家の所有者が不明で問題を発生させている場合や、共有状態が森林や農地の荒廃を招いて付近に外部不経済を発生させている場合等がある。これらの場合について、各地の空き家条例や、空家等対策の推進に関する特別措置法(2014年)の方策のように「外部不経済が発生した場合の費用、又はその発生を回避するための費用は、所有者が負担しなければならない」というルールを明確にすることには、特に所有者が不明になってしまう「前」の段階においては、意義がある。それは、当該土地について売却などの適正な処理を行うことへのインセンティブとなるだろう。ただし、相続時において当該土地を売却したくてもそもそも需要がない場合にはこの方策は必ずしも効果をもたらさないし、既に所有者不明の状況に陥ってしまった「後」の段階では、費用負担義務があることで、所有者が自発的な情報提供をためらい、問題の解決がかえって阻害されることも考えられる⁵²。

(2)また、(b)による外部不経済に対処するためには、強制的措置も可能である。空家等対策の推進に関する特別措置法は、近隣に著しい外部不経済を発生させる「特定空家」について、所有者等に対する指導・勧告を経て最終的には除却も可能とする制度を設けているが⁵³、所有者等が不明である場合も、略式代執行が可能である。

(3)森林法は、「間伐又は保育(以下「間伐等」)が適正に実施されていない森林であってこれらを早急に実施する必要があるもの(要間伐森林)」について、市町村長が間伐等を実施すべきことを森林所有者等に対して通知・勧告することができるとしている。そして所有者等が実施勧告に従わないときは、第三者と所有権等の権利の移転・設定に関して協議すべきことを勧告できる。さらに、協議が整わない場合は、都道府県知事の「裁定」によって、間伐等の実施のために最小限必要な所有権・使用権を設定することができる⁵⁴とされている。2011年の森林法改正で、所有者等が不明な場合にも、公示によって、上のように所有権・使用権を強制的に設定する「裁定」を可能とする制度が設けられた⁵⁴。要間伐森林制度は、土砂の流出又は崩壊その他の災害の発生のおそれ等が裁定の要件となっていることに示されているように、基本的には当該要間伐森林が近隣に対して及ぼす外部不経済に着目して、間伐・保育等を適切に実施しうる者に間伐木の所有権等を移転する仕組みである。(b)「相隣侵害的過少利用」によって問題が発生している場合に当たるとは⁵⁵

⁵¹ 高村・前掲注(31)(法社会学)、67頁

⁵² 角松・前掲注(44)、22頁

⁵³ 角松・前掲注(44)、24頁

⁵⁴ 2016年森林法改正において、要間伐森林に係る間伐保育に利害関係を有する者による申請の制度が設けられた(森林法10条の10第3項-第6項、宮部大輝「林業の成長産業化と森林法等の一部改正：森林法等の一部を改正する法律(平成28年法律第44号)」時の法令2022号(2017年)10頁。

⁵⁵ 角松・前掲注(44)、25-26頁

2.4.3 有効利用が妨げられている場合の利用権設定—森林・農地の場合

(1) それでは、所有者不明土地について外部不経済は発生していないが、当該土地について何らかの利用目的への需要があり、その意味で土地の有効利用が妨げられているという場合—(α)「全体論的過少利用」の類型—はどうだろうか。所有者が不明であり同意が得られないままで、強制的に利用権(使用权)を設定すること⁵⁶は可能だろうか。

以下では、①当該利用目的が当該土地の本来的・内在的性質からして求められているか、②当該利用目的が当該土地にとって専ら外在的か、という観点から農地・森林に関する利用権設定制度について考察し、ついで、近時登場している、「共有者不明」がもたらすアンチ・コモンズ状態に着目した立法についても検討する。

(2) まず、森林施業のための使用权設定の仕組みが挙げられる。森林法 50 条 1 項によれば、森林から木材等を搬出し、又は林道等の森林施業に必要な設備をする者は、その搬出又は設備のため他人の土地を使用することが必要且つ適当であって他の土地をもって代えることが著しく困難であるときは、都道府県知事の認可を受けて、土地所有者等に対し、使用权の設定に関する協議を求められることができる。この協議が整わないときは、認可を受けた者は、使用权の設定に関し都道府県知事の裁定を申請することができる。森林法 2011 年改正により、土地所有者等が不明な場合も手続を進めることが可能になった。上記の都道府県知事への認可申請の段階における公開による意見聴取(50 条 3 項)の制度を設け、意見聴取の通知等が当事者に到達しないときは、公示によって到達を擬制して、手続を進められるようにしたものである。この場合、裁定にかかる補償金は供託することになる(森林法 61 条 2 号)。

(3) ついで、農地法が定める遊休農地の利用権取得の仕組みである。2013 年に農地中間管理事業の推進に関する法律によって設置された農地中間管理機構(農地集積バンク)は、貸借を通じて担い手への農地の利用集積・集約化を促進するための中間的受け皿となるものである。同機構に対する自主的な貸し付けも可能であるが、遊休農地については、2013 年及び 2018 年の農地法改正により、裁定による利用権取得の仕組みが設けられている。農業委員会は、利用状況調査(農地法 30 条)の結果、(1)現に耕作の目的に供されておらず、かつ、引き続き耕作の目的に供されないと見込まれる農地(2)その農業上の利用の程度がその周辺の地域における農地の利用の程度に比し著しく劣っていると認められる農地のいずれかに該当する農地があるときは、農地の所有者等に対して利用意向調査を行う(農地法 32 条 1 項)。所有者等から農地中間管理事業を利用する意思がある旨の表明があったときは、農地中間管理機構との協議が行われる(同法 35 条)が、所有者等にその農地の農業上の利用を行う意思がない等、当該農地について農業上の利用の増進が図られないことが確実であると認められる場合には、農地中間管理機構と協議すべき旨の農業委員会の勧告(同法 36 条)を経て、協議が整わない場合には、申請(同法 37 条)に基づき、都道府県知事は農地中間管理権を設定すべき旨の裁定をするものとされている(同法 39 条)⁵⁷。裁定の公告があった場合には、当該裁定に係る契約の締結が擬制される(同法 40 条)。

ここで農業委員会が、「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」⁵⁸農地の所有者等を確知することができないときは、利用意向調査に替えて、

⁵⁶ 所有権の取得については後述する

⁵⁷ 2013 年改正では、裁定による農地中間管理権の存続期間は最大 5 年とされていたが、2018 年改正で最大 20 年と改められた。

⁵⁸ 2013 年改正では「過失がなく」とされていたが、「従来の手続きが重すぎたことへの反省」(吉田克己「所有者

(1)その農地の所有者等を確認できない旨及び、(2)その農地が(ア)現に耕作の目的に供されておらず、かつ、引き続き耕作の目的に供されないと見込まれる農地(イ)その農業上の利用の程度がその周辺の地域における農地の利用の程度に比し著しく劣っていると認められる農地いずれに該当するかの特等を公示する(同法 32 条3~5項)。所有者等から 6 ヶ月以内に申し出がない場合には、農地中間管理機構は利用権の設定に関する裁定を申請することが可能になる(同法 41 条 1 項)⁵⁹。

(4) これらの制度における強制的な使用権・利用権の設定は、一方では、当該土地にとって外在的な公共性に根拠を持つものと言える。森林施業のための使用権設定の仕組みの要件の一つである「他人の土地を使用することが…適当」(森林法 50 条 1 項)とは、「土地収用法にいう『その土地を当該事業の用に供することが土地の利用上適正かつ合理的である』(同法第 2 条)ことと同意義であると考えられる」とされている⁶⁰。他方で、森林施業に関して使用権の設定が必要になるのは「林地の地形上の制約」⁶¹が存在するからであり、森林施業の予定地と使用権が設定される土地との間には、文字通りの相隣関係ではないにせよ、何らかの空間的な関連性が存する。

遊休農地に係る利用権取得の仕組みは「意見書の内容その他当該農地の利用に関する諸事情を考慮して引き続き農業上の利用の増進が図られないことが確実であると見込まれる場合において、農地中間管理機構が当該農地について農地中間管理事業を実施することが当該農地の農業上の利用の増進を図るため必要かつ適当であると認めるとき」(農地法 39 条 1 項)という要件が設定され、資源の有効利用に焦点を当てたものとなっている⁶²。直接的には近隣に外部不経済を発生させるおそれがあるが必ずしも認められない場合—遊休農地である以上、抽象的にはその可能性はあるだろうが—であっても設定可能なのである。

他方、農地や林地の場合、土地利用の目的が法的に固定されていて、「資源の有効利用」の具体的内容がある程度明らかであり⁶³、自然的・経済的・社会的条件に応じて利用のある程度の一体性が求められる部分がある。農地については、「所有権又は賃借権その他の使用及び収益を目的と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)という理念がそれを支えている⁶⁴。

不明土地問題と土地所有権論」法律時報 90 巻 9 号(2018 年)72 頁)に立ち、探索手続きを合理化するために 2018 年改正で改められたものである。なお、この表現は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 2 条 1 項の表現と対応している

⁵⁹ 参照、御厩敷寛「農地中間管理事業の推進に関する法律の制定と農地法の改正」市民と法 87 号(2014 年)31 頁。

⁶⁰ 森林・林業基本政策研究会編著『解説森林法』(大成出版社、2013 年)、430 頁

⁶¹ 森林・林業基本政策研究会・前掲注(60)、429 頁

⁶² このような性質に着目して、農地中間管理機構を、所有権と利用権を分離した上で「放置、放棄された土地、あるいは将来的にそうなる可能性が高い土地の利用権を集約して次の利用につなげていく」「総有的な管理の仕組み」と評価する見解もある。米山秀隆「所有者不明の土地が提起する問題」富士通総研(FRI)経済研究所研究レポート No.433(2016 年)16 頁

⁶³ 佐々木晶二「住宅地と不明土地」法律のひろば 70 巻 8 号(2017 年)25 頁は、「住宅市街地の土地等との制度設計上最も重要な違いは、農地所有者に営農義務が課されていることにある」と指摘する。

⁶⁴ 高木賢／内藤恵久『[逐条解説]農地法』(大成出版社、2011 年)、55 頁は、農地が国民及び地域のための限られた資源であること、転用制限及び権利移動の許可制をあげて「このような性格を持つ農地について、他の者の利用の機会を排除して独占的に利用できる立場にある農地の権利者は、本来、その利用する責務を有する」と同条の趣旨を説明する。

なお、これら二つの制度は、土地所有者以外の主体が当該土地を利用することに公共性が存在する際に、所有者の明示の意思に反したとしても、利用主体が所有権や利用権を取得することを認めるものである。このような制度において、所有者不明で連絡が取れない場合であっても所有者が判明している場合に準じて手続を進行させ、最終的には利用主体が所有権又は利用権を取得することが可能とされている。

2.4.4 有効利用が妨げられている場合の利用権設定—共有者不明の場合の特例

近時の立法では、「共有者不明」によるアンチ・コモンズ状態への対処に着目した特別の制度が設けられている。

(1) 森林法 2016 年改正で、共有者不確知森林制度が設けられた。森林共有者で知っている者(確知森林共有者)は、市町村長が公告により不確知森林共有者の探索手続を講じることを申請することができ(森林法 10 条の 12 の 2)、公告(同法 10 条の 12 の 3)に応じた申出がない場合は、確知森林共有者は、申請(同法 10 条の 12 の 4)に基づく都道府県知事の裁定を経て、不確知森林共有者の立木持分及び当該共有林の土地の造林期から次の伐期までの使用権を取得することができる(同法 10 条の 12 の 5~6)⁶⁵。

(2) 2018 年に成立した森林経営管理法⁶⁶は、「市町村が、経営管理権集積計画を定め、森林所有者から経営管理権を取得した上で、自ら経営管理を行い、又は経営管理実施権を民間事業者を設定する等の措置を講ずることにより、林業経営の効率化及び森林の管理の適正化の一体的な促進を図り、もって林業の持続的発展及び森林の有する多面的機能の発揮に資することを目的とする」(同法 1 条)法律である。同法は、①森林所有者の申出による経営管理権集積計画作成(6 条)・公告および市町村の経営管理権の設定(7 条)と並んで、所有者(又は共有者全員)の同意が得られていない場合について、②一部共有者不明の場合③所有者(又は共有者の全部若しくは一部)不同意の場合④所有者(共有者全員)不明の場合についての特例を設けている。便宜③から述べると、単独所有者または共有者のうちで知っている者(確知森林所有者)で同意しないものがある場合、市町村長は、経営管理権集積計画に同意することを勧告(16 条)し、都道府県知事の裁定(19 条)を経て、当該確知森林所有者の同意があったものとみなして経営管理権集積計画を作成することができる(20 条)。単独所有者又は共有者の全てが不明である④の場合、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る探索を行っても不明森林所有者を確知することができないときは、市町村は、定めようとする経営管理権集積計画その他の事項を公告することができる(25 条)。6 月以内に申出がないときは、市町村長は都道府県に裁定を申請し、裁定とその公告があったときには、森林所有者の同意があったものとみなして経営管理権集積計画を作成することができる(28 条)。以上のように、③④の場合には、都道府県知事の裁定によって、みなし同意と経営管理権集積計画の作成による経営管理権取得が可能になる仕組みがとられている。

これに対して、共有者のうち知っている者が全て同意している一方、不明共有者もいる②の場合には、探索(10 条)と公告(11 条)を行い、6 月以内に異議が述べられないときには同意があったも

⁶⁵ 参照、吉田・前掲注(59)73 頁

⁶⁶ 同法について参照、宮部大輝「森林経営管理法について」人と国土 21 44 巻 2 号(2018 年)29-32 頁

のとみなされる(12条)。「裁定」を介在されない手続がとられているわけである⁶⁷。また、経営管理権集積計画作成の実体要件についてみると、①所有者(共有者全員)が同意している場合及び②一部共有者不明の場合には「当該森林の経営管理権を当該市町村に集積することが必要かつ適当であると認める場合」(4条)のみであるが、③所有者(一部共有者)不同意の場合及び④所有者(共有者全員)不明の場合には、「現に経営管理が行われておらず、かつ、当該(略)森林の自然的経済的社会的諸条件、その周辺の地域における土地の利用の動向その他の事情を勘案して」(19条、27条)という考慮事項が付加されている⁶⁸。②の場合と③・④の場合との区別は、共有者相互間には必然的に利害共同体的性質があることと、知れている共有者が全て同意していることで、不明共有者の同意意思の推定が、より高い蓋然性をもって可能であることに根拠を有するものと考えることができる。

(3) 2018年には、農業経営基盤強化促進法の改正により、共有者不明農地に関する特例が設けられた。農業経営基盤強化促進法の農用地利用集積計画に基づく利用権の設定は、2009年の同法改正以来、共有農地であっても共有持分の2分の1以上を有する者の同意があれば可能とされてきた⁶⁹が、上記2018年改正により、共有持分の2分の1以上を有する者を確知することができない場合であっても、市町村から農業委員会への探索の要請と農業委員会による「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る探索」の探索(同法21条の2)および公示(同法21条の3)を経て、不確知共有者も同意したものとみなされ(同法21条の4)、利用権設定が可能となった。また、利用権が設定可能な期間が最長5年から20年へと延長された⁷⁰。ここでも裁定の仕組みは介在していないが、上の森林経営管理法の場合と同様の説明が可能であろう。

2.4.5 有効利用が妨げられている場合の利用権設定—当該土地にとって外在的目的のための利用

(1)それでは、当該土地にとって全く外在的な利用目的であり、森林・農地のように、利用目的の固定と自然的経済的社会的条件に由来する一定の一体性の要請も認めにくい場合はどうか。

このような場合の典型は言うまでもなく土地収用である。公共の利益が認められ、土地収用法の適用が可能な事業の場合は、所有者に連絡が取れる場合であっても所有者の意思に反した強制的な所有権取得が可能なのであるから、所有者不明の場合にも強制的な取得が可能であることは当然であろう。土地収用法はこのような場合について「不明裁決」の制度を置いている(同法48条4項但書、49条2項)。

(2)2018年に成立した「所有者不明土地の利用の円滑化に関する特別措置法」(所有者不明

⁶⁷ 吉田・前掲注(59)73頁。

⁶⁸ ③(所有者(一部共有者)不同意)の場合は、同意しない所有者(一部共有者)の意見書の内容も勘案される(19条)

⁶⁹ 参照、原田純孝「農業関係法における「農地の管理」と「地域の管理」—沿革、現状とこれからの課題—(2)」土地総合研究25巻4号(2017年)110頁

⁷⁰ 参照、天野英二郎「農業経営基盤強化促進法等改正案をめぐる論議：所有者不明農地への対応と農作物の栽培施設の高度化」立法と調査403号(2018年)32-33頁、35頁)、飯塚康太「所有者不明農地の利活用について(農業経営基盤強化促進法等の改正)」人と国土2144巻2号(2018年)26-28頁、吉田・前掲注(59)、72頁)

法)⁷¹は、「所有者不明土地」を「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所有者の全部又は一部を確認することができない一筆の土地」と定義した(2条1項)上で、(ア)土地収用手続の特例および(イ)地域福利増進事業のための使用権設定の仕組みを置いている。

(ア)土地収用手続の特例は、所有者不明土地のうち、現に建築物が存せず、かつ、業務の用等に供されていない特定所有者不明土地(2条2項)について、土地収用裁決段階において、収用委員会を介在させず、都道府県知事の「裁定」による収用を認めることに最大の特徴がある。(i)有識者等による合議制の組織である収用委員会の開催日程が限られることが裁決手続におけるボトルネックになっていたこと(ii)特定所有者不明土地については補償金の算定が容易であること(iii)事前の公告・縦覧により補償の内容に異議のある権利者がいないことを確認していることが、この特例を正当化する理由として挙げられている⁷²。

(イ)地域福利増進事業とは、同法2条3項で列挙された「地域住民その他の者の共同の福祉又は利便の増進を図るために行われる」事業を指す(同法2条3項)。土地収用法上の収用適格事業に当たらなくても、このような事業に該当する場合、特定所有者不明土地への使用権設定が可能となるわけである。「地域住民への敷衍性のほか、使用権が恒久的な権利ではなく時限的な権利であることを鑑み、公園、広場、購買施設等、一時的・暫定的な土地利用が想定される事業を列挙する形で規定している」⁷³とされている。

(3)上記のような所有者不明法の制度は、様々な論点を提起する。まず(ア)について言えば、特定所有者不明土地に限り、収用裁決の中立性・公平性を確保するための仕組みである収用委員会を手続上省略することの意味が問題となる⁷⁴。上で挙げた(i)収用委員会のボトルネック性(ii)補償金の算定の容易さによる専門的知見の必要性の小ささ⁷⁵(iii)異議を申し立てる権利者の不存在が、不明裁決制度との相違を正当化する理由になるだろうか。おそらく(i)(iii)は、通常の不明裁決の場合とも共通する事情だと考えられる。だとすれば、少なくとも不明裁決との比較では(ii)が重要になってくるのではないか。

(4)「土地収用を正当化するほどの公共性はないが地域住民の福祉・利便等の一定の公共性が認められる事業について、収用による所有権移転ではなく暫定的な使用権の設定を認める」制度である(イ)は、所有者不明状態を土地所有権の機能との関係でどのように理解し、どのような方向性の解決を目指すのか、基本的な問題提起を含んでいる。

1.1.で財産権の正当化根拠としての(i)人格的自由の保障と(ii)資源利用の効率性を指摘した

⁷¹ 同法について参照、国土交通省土地・建設産業局企画課「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法について」人と国土2144巻2号(2018年)14-21頁、田邊直樹「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概要」法律のひろば71巻8号(2018年)60-72頁、田邊直樹「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概要」NBL1128号(2018年)65-71頁、吉田・前掲注(59)、70-72頁

⁷² 田邊・前掲注(71)(法律のひろば)、64頁

⁷³ 田邊・前掲注(71)、(法律のひろば)62頁

⁷⁴ この点を指摘するものとして、高瀬康正「『所有者不明土地問題』解決の方向を考える」前掲2018年5月号94-95頁

⁷⁵ 国土交通省土地・建設産業局企画課・前掲注(71)、16頁

が、まず一般論として、土地収用制度は、(i)と(ii)をどのように調整するかという問題に対する一つの解決であると考えられる。そして現に利用されていない所有者不明土地の場合、(i)の観点からの土地所有権の要保護性が既に希薄になっているのであり⁷⁶、また、法的・空間的アンチ・コモンス状態に陥っている場合には、(ii)の観点から所有権に対して何らかの介入を行う必要性が高いと言える。

それではどのような介入が望ましく、それは法理論的にどのように正当化されるのか。

第 1 に、不動産の客観的・主観的価値の低下そのものに焦点を当てる議論がありうる。吉田克己は、財産的価値が低落し、維持管理に必要なコストに見合わない不動産を「負財」として、「土地利用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とれないことを理由とする」特例措置の正当化可能性を示唆する⁷⁷。富田裕は、所有者不明土地について所有者を探索し、探索できない場合、「無主不動産としていったん公的主体に帰属させ、そのうえで、実際に当該土地を有効利用できる者に土地を購入させる」⁷⁸という制度を提案する。

第 2 に、所有者の推定的意思を根拠とする議論がありうる。筆者は別稿で、著作権法における権利者不明著作物の利用に関する裁定制度と比較して、「所有者不明の土地建物については、所有者が当該財産について関心を失っている場合が少なくないと考えられる。仮に所有者に連絡がつけば、それらの活用を望みあるいは少なくとも異議を唱えないことと推定できる場合も多いだろう。所有者の意思に反しても利用を認めるべき高い公共性が認められるとは必ずしも言えない場合であっても、『所有者の明示の意思に反する場合は利用できないが、所有者不明の場合は上のような推定的意思を根拠に利用できるようにする制度』を創設することも検討に値するのではないだろうか」と述べた⁷⁹。2.4(4)で見た森林経営管理法、農業経営基盤強化促進法の利用権(利用権)設定の仕組みは、共有者不明の場合には「裁定」を要求していないが、上述のように推定的意思を根拠としてそれを正当化することもありうると思われる。ただしこの発想を、農地や林地のように土地利用目的がある程度固定されている土地以外についてまで拡張できるかについては、なお検討を要するだろう。

第 3 に、利用権(利用権)設定の仕組みと収用による所有権取得の比較である。既に脚注で紹介したが、農地中間管理機構について、所有権と利用権を分離した上で「放置、放棄された土地、あるいは将来的にそうなる可能性が高い土地の利用権を集約して次の利用につなげていく」「総

⁷⁶ 岩橋健定は、所有権法ルールによる保護を損害賠償法ルールによる保護のみに変更する公用収用制度は、「権原を保有している者のその権原に対する主観的評価価値」が「時価によってなされる客観的評価価値」よりも大きいことを前提とする制度であることを指摘する。(岩橋健定「公害民事訴訟における公共性」碓井光明他編『金子宏先生古稀祝賀 公法学の法と政策(下)』(有斐閣、2000年)189-191頁)。所有者が関心を失った所有者不明土地については、まさにこの前提が成り立たない場合が多いと考えられる。

⁷⁷ 吉田・前掲注(59)、71頁。

⁷⁸ 富田裕「国土審議会の提案する所有者不明土地利用権設定制度の問題点とその解決としての無主不動産に一定の先占権を認める制度の考察」日本不動産学会誌 31 巻 3 号(2017年)29-30頁。ただしこの構成は、著者が指摘する無主不動産を国庫に帰属させる民法 239 条 2 項に加え、土地所有権放棄可能性の問題との関係で、難しい問題を生ぜしめるだろう。参照、吉田・前掲注(59)、74頁、安念潤司「土地所有権は永遠か」日本不動産学会誌 31 巻 3 号(2017年)4-8頁。

⁷⁹ 角松・前掲注(44)、29頁

有的な管理の仕組み」と評価する見解がある⁸⁰。例えば高松市丸亀町の商店街の再開発をモデルに、所有権から利用権を分離した上で地域のエリアマネジメントを総合的に行う仕組みを高く評価している「現代総有論」⁸¹の問題意識にも通じる見方だろう。空間のコモンズ的性格を重視した上でそれを「共同経営」的に解決していこうという方向性である

所有者不明法の「地域福利増進事業」は、地域住民等の「共同の福祉または利便」には着目するが、共同管理までを志向するものではない。他方、都市の空き地について、自治体のコーディネートにより市民団体・地域団体の短期的な利用を可能にする市民緑地認定制度（都市緑地法）は、上のような方向性に位置づけることができるだろう⁸²。都市再生特別措置法 2018 年改正で設けられた「低未利用土地権利設定等促進計画」⁸³（109 条の 5 以下）も同様である。土地の暫定的な利用であり、終了後は原状回復が可能であることから、利用権設定の場合は上記の「推定的意思」を認めることもより容易に可能である。

他方、利用権設定の仕組みに対しては、「地権者の同意なく権利を収奪するという側面は、所有権と使用権で異ならず、土地収用法や都市計画法も収用と使用について対象事業を区分していない」という趣旨の批判⁸⁴、「5 年間の利用権設定後に原状回復が必要とされる場合、利用できる事業が限定されすぎて積極的な利用が得られないため、利用権の設定では不十分であり、所有権の取得まで必要である」という趣旨の批判⁸⁵がある。もし利用権の設定と共同管理という方向性に期待しないのであれば、公共性要件を放棄し、「完全な私的利用であっても、土地利用希望者の申請に基づき、公共団体が所有者不明土地の所有者の意思を代行し、土地利用希望者に対し土地の売買や賃貸をする制度を設け、所有者不明土地の利用を促進する」⁸⁶として、利用目的の公共性を一切要求しない方向の制度設計が志向されることになるのは自然である。

確かに利用権設定という手法は、共同管理による活性化につながる可能性がある一方で、かえって権利関係を複雑にしてアンチ・コモンズを招く可能性も理論的にはあり得る⁸⁷。コモンズの悲劇

⁸⁰ 米山・前掲注(62)

⁸¹ 高村・注(28)、62 頁；五十嵐敬喜「現代総有の理論」五十嵐編著『現代総有論』（法政大学出版局、2016 年）8-55 頁（36 頁）。

⁸² 高村学人「現代都市法論と都市コモンズ研究—連結のための試論」榎澤能生他編『現代都市法の課題と展望 原田純孝先生古稀記念論集』（日本評論社、2018 年）29-52 頁（47 頁）。

⁸³ 参照、国土交通省都市局都市計画課「都市再生特別措置法等の一部を改正する法律—都市のスポンジ化対策」日本不動産学会誌 32 巻 1 号(2018 年)123 頁

⁸⁴ 佐々木・前掲注(63)、24 頁

⁸⁵ 富田・前掲注(78)、27 頁

⁸⁶ 公益社団法人日本不動産学会／公益社団法人都市住宅学会／資産評価政策学会「所有者不明土地問題の発生原因とその解決のための法政策（第一次提言）—所有者不明土地の解消に向けた抜本的な法整備を—」（2018 年 4 月 25 日）http://www.jares.or.jp/dl/0425_suggestion.pdf。公共性要件を放棄することへの批判として、吉田・前掲注(59)73-74 頁。なお、公共性要件一般の放棄と、提言で指摘されているコンビニや道の駅の公共性をどう考えるかは、区別して議論できる。

⁸⁷ 高村・前掲注(82)、47-48 頁

*再校時、以下の文献に接した。吉田克己「所有者不明土地問題対応の近時の展開と農地・林地・漁場の過少利用問題」土地総合研究 26 巻 4 号(2018 年)59 頁、高村学人「所有者不明土地問題を問い直す—アンチ・コモンズ論からの問題再定義—」土地総合研究 26 巻 4 号(2018 年)72 頁

に対する複数の解決—所有権分割による解決、ルールによる解決、共同経営による解決—の選択と組み合わせは、おそらく教条的にどれか一つを称揚するのではなく、具体的な局面における現実を見据えた上で試行錯誤的に展開して行かざるを得ないのではないだろうか。