

土地所有権の放棄は可能か

早稲田大学大学院法務研究科教授 吉田 克己
よしだ かつみ

I 問題の所在

1 土地所有権の放棄が問題になる文脈

土地所有権の放棄は可能であろうか。10年前であれば問題があるとはほとんど認識すらされていなかったこの論点が、近年では、重要な論点として多くの関心を集めるに至っている。

その背景には、土地の負財化がある。財の中には、物に内在する危険性あるいはその維持管理や処理に必要なコストのゆえに、財産的価値を喪失しているものがある。私は、かつてこれを「負財」と呼ぶことを提案した⁽¹⁾。とりわけ地方部に存在する土地には、過疎化現象そして急速な人口減少現象に伴って、負財化しているものが少なくない。利用価値もなく、売ろうとしても買い手がつかず、それにもかかわらず固定資産税の負担や管理負担がかかってくる。そのような土地について、その所有者が所有権の放棄を考えても不思議ではない。ところが、土地所有権が放棄されると、その所有権は、国庫に帰属することになる(民239条2項)。国庫には、固定資産税の負担がかかるわけではない。しかし、このような負財を所有することには、利益以上の負担が伴うことが少なくない。したが

って、そのような財を国庫に押しつけることを意味することになる土地所有権の放棄を当然に認めてよいかが、深刻な論点として浮上するわけである。このように、ここでは、土地所有者の負担回避を目的とする土地所有権放棄の自由が認められるかが問題となる。

土地所有権放棄の可能性は、もうひとつの文脈においても問題になっている。それは、国土の有効活用の推進という文脈である。一例として、東日本大震災からの復興事業を挙げておこう。復興事業のためには、多くの場合には、土地買収が必要となる。ところで、その買収の妨げとなっているのが、所有者不明の土地の存在である。たとえば何代にもわたって相続の処理と相続登記がなされていないために、権利者が多数になって把握しきれない土地があると、その買収は困難を極める⁽²⁾。そこで、このような場合について、たとえば土地所有権の放棄を推定するなどの形で土地所有権放棄を活用しようとする発想が提示されるわけである⁽³⁾。より具体的には、共有持分の放棄を推定して権利関係を集約したり(民255条)、さらには全権利者についての土地所有権放棄を推定したりすることが想定される。この可能性を認める前

⁽¹⁾ 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)20頁。なお、マスコミなどでは、「負動産」という表現が用いられることがある。しかし、これだと、「不動産」と発音で区別されないし(むしろそれを狙っているのかもしれない)、また、負財は、不動産だけではなく動産についても問題になるので、「負動産」という表現は、避けたほうがよいであろう。

⁽²⁾ しばしば指摘されるが、たとえば、小森谷祥平「不動産登記実務からの土地の所有権放棄論」登記情報644条(2015年)76頁参照。

⁽³⁾ その可能性を示唆する発言として、山野目章夫ほか「座談会・所有者の所在の把握が難しい土地の取扱いに関する実務対応(下)」NBL1075号(2016年)57頁(櫻井清発言)。

提として、当然に土地所有権の放棄が可能でなければならない。

2 学説および登記実務の概況

土地所有権の放棄が可能か否かについては、民法には明示の規定がない。学説においては、この問題の結論はあまりはっきりしていないと評価されている⁽⁴⁾。登記実務では、がけ地が崩かい寸前にあり、補修に多額の費用を要するという事例について、民事局長が「所問の場合は、所有権の放棄はできない」と回答した例がある⁽⁵⁾。

仮に土地所有権の放棄を認めるとしても、さらに登記をどうするかという問題がある。土地所有権放棄も物権変動である以上、登記がなければ第三者に対抗することができないことになるはずである(民177条)。ところが、不動産登記法には、放棄による所有権抹消登記に関する規定が存在しない。登記実務では、父から相続した土地について固定資産税負担を免れるために放棄したいという場合について、所有権放棄者の単独申請によることはできないものとされた例がある⁽⁶⁾。この先

例に従えば、国の同意がない場合には、放棄の効力が認められるとしても、放棄による所有権消滅を登記することができない。どうしても登記したい場合には、訴えを提起して、国の同意と登記の引取りを求める以外にない。そのような請求が認められるかは定かではないし⁽⁷⁾、そもそも訴えを提起すること自体、事実上は困難である。

以上のような法務省民事局の見解を踏まえて、登記実務の世界においては、土地所有権の放棄は認められていないという認識が一般化している。

3 本稿の課題

以下では、このような問題状況を踏まえつつ、土地所有権放棄の可能性について検討する。その検討は、建物を含んだ不動産所有権の放棄についても妥当するものと考えられる。本稿の課題は、あくまで土地所有権を放棄しうるかとの検討であるが、比較のために、動産所有権の放棄についても検討する。

結論を先に述べておけば、権利一般の放棄については、自由に行うことができるのが原則であるが、第三者の利益を害することはできず、一定の場合には、放棄の第三者への対抗が否定され、あるいは公序良俗法理の適用によって放棄が無効とされることがある。所有権の放棄についても、原則は同様であるべきである。しかし、所有権の放棄、とりわけ土地所有権の放棄については、本稿は、現実には多くの場合に例外的扱いがなされ、放棄の自由の制限という例外がむしろ原則化するものと考えている。

II 所有権以外の権利の放棄

先に触れたように、日本民法は、所有権放棄に関する規定を置いていない。しかし、他の権利の放棄に関しては、一定の規定を置いている。それらを通じて、権利放棄に関する民法の基本的考え方を抽出することが可能である。この点をまず検

⁽⁴⁾ 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)181頁。田處論文は、学説の整理について詳細である(176頁以下)。この問題を自覚的に論じる初期の学説としてしばしば引かれるのは、匿名「土地を放棄したい人」ジュリ5号(1952年)27頁(鈴木・次掲論文360頁は、我妻榮の執筆と推測している)、鈴木祿弥「フランス法における不動産委棄の制度」民商27巻6号(1952年)359頁以下である。前者は、ドイツ法を参照して、不動産登記所に対する意思表示と不動産登記簿への記入によって土地所有権の放棄を認める可能性を示唆し、後者は、不動産所有権の放棄を原則として否定しつつ地役権にかかわる負担を免れるために承役地所有者に承役地所有権の放棄(委棄)を認めるフランス法を参照して、過重な負担を負う所有者救済のための土地所有権放棄の可能性を示唆する。

⁽⁵⁾ 「昭和41(1966)年8月27日付民事局長回答」民事月報21巻11号(1966年)155頁。かなり特徴がある事例に関する回答であり、これを土地所有権放棄に関する一般論を示したものと理解しうるかについては、慎重に考えるべきである。危険な崖地の補修費用を回避するための土地所有権放棄の効力が問題になっているこの事例は、仮に土地所有権放棄を認めるという原則を承認したとしても、公序良俗法理によって放棄が無効と解すべきものであった。

⁽⁶⁾ 「昭和57(1982)年5月11日付民事局第三課長回

答」登記研究418号(1982年)92頁。

⁽⁷⁾ 近時、権利濫用法理を適用してそれを否定する裁判例も現れている。後に具体的に触れる。

討する。

1 債権の放棄

(1) 債権放棄自由の原則

債権者が債務者に対して債務を免除する意思を表示したときは、その債権は消滅する(民519条)。債務の免除は、債権の側から表現すれば、債権の放棄に他ならない。このように、日本民法は、債権の放棄を債権者の単独行為と構成して、その自由な行使を認めている。立法例としては、債権放棄(債務免除)を契約として構成するものも少なくない(ドイツ民法典、フランス民法典など)。その場合には、債権放棄には債権者・債務者間の合意が必要となる。立法論としてこれを妥当とする見解も有力である⁽⁸⁾。しかし、日本民法における債務免除の自由を認める立場は、これと異なる立法例が多いことを十分に意識しつつ、自覚的に採用されたものであった。その背景には、権利一般の放棄の自由が当然に認められるべきであるという考え方が⁽⁹⁾ある。

(2) 債権放棄自由の原則に対する制限

もともと、債権放棄が債権者の自由に属するとはいえ、これによって第三者の利益を不当に害することができないことは当然である。たとえば、①債権自体が第三者の権利の目的となっている場合には(たとえば債権質の目的となっている場合など)、その自由な放棄は認められないと考えるべきである。②債権が直接に第三者の権利の目的になっていなくても、その債権の存続を基礎として第三者の権利が存立しているような場合には、債

権の放棄は、その効力を制限されるべきである。具体例としては、賃借地上の建物の上に抵当権を有する者がある場合には、その賃借権放棄の効力が制限されるべきことを挙げることができる。この理を説く判例として、大判大正11年11月24日民集1巻738頁がある。また、立木法は、立木が抵当権の目的となっている場合について、同様の解決を明示的に採用している(8条)。

以上の結論についてはまず異論はないと思われるが、その根拠づけについては、2つの異なる発想がある。

第1は、民法398条(後述)における処理に準じて、利益を害される第三者に対しては放棄を對抗することができないとする構成である。先に引いた大審院大正11年判決は、この構成を採用する。すなわち、判旨によれば、権利放棄によって第三者に不測の損害を被らせるような場合には、権利放棄は、この第三者に対抗することができない。そして、民法398条は、この原則の一適用にすぎない、というのである。この判決に関する鳩山秀夫評釈は、判旨に賛成して、民法の解釈としては、公序良俗違反構成よりも、この第三者への対抗否定構成のほうが望ましいとする。公序良俗違反構成を採るならば、民法398条に規定する権利放棄も当然無効とすべきであるが、民法は、そのようにはしていないことがその理由である⁽¹⁰⁾。

第2は、公序良俗法理を援用して、第三者の利益を害する権利放棄は無効とするという構成である。公序良俗に法律の全体系を支配する理念として高い位置づけを与える我妻榮が、この構成を提示する代表的論者である⁽¹¹⁾。たしかに、民法398条のように明示の規定がある場合には、我妻説においても、「公序良俗による権利放棄の制限として

⁽⁸⁾ たとえば、我妻榮『新訂債権総論』(岩波書店、1964年)。「債権のように義務者との間に緊密な関係を生じる権利については、物権と異なり、義務者の意思に反して放棄しえないとするのが至当だと思う」と述べる。367頁。我妻榮ほか『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権〔第4版〕』(日本評論社、2016年)960頁も参照。

⁽⁹⁾ 富井政章による次のような発言を参照。「旧民法その他大抵この国でも、債務の免除は合意を要するということになっている」。しかし、「私権上の放棄はこれを許したとしてどんな弊害があるのであろうか」。前田達明監修『史料債権総則』(成文堂、2010年)772頁。

⁽¹⁰⁾ 鳩山秀夫「権利の抛棄——抵当権者に損害を及ぼすべき借地権の抛棄」民法判例研究会『判例民法大正11年度』(有斐閣、1924年)464頁。

⁽¹¹⁾ 「免除をすることは債権者の自由であるが、これによって第三者に不当な不利益を与えることは許されないと解さなければならない。けだし、権利の放棄も公序良俗に反してはこれをなしえないというべきだからである」。我妻・前掲注(8)『新訂債権総論』368頁。

特に論じる必要はない」とされる⁽¹²⁾。しかし、それ以外のケースについては、先の大審院大正11年判決が扱うケース（先に②として整理したケース）も含めて、公序良俗法理による解決が志向されるのである。

たしかに、民法398条が第三者対抗否定構成を採用している以上、この規定が想定している、その権利自体が第三者の権利の目的となっている事例およびそれに類似した事例については、対抗否定構成を採用すべきであろう。しかし、権利放棄の効力が問題となるのは、そのような事例に限定されない。とりわけ、本稿の対象である土地所有権放棄は、民法398条が想定する事例には収まらない。そのような場合には、公序良俗法理を用いるほうが適切である。この点については後述する。

2 物権の放棄

(1) 地上権の放棄

地上権の放棄については、地上権が無償の場合と地代関係を伴って有償である場合とで、扱いが大きく異なる。

まず、地上権が無償である場合には、存続期間の定めの有無を問わず放棄可能である。これは、古くから自明の理と考えられてきた⁽¹³⁾。放棄が可能であることを前提として、その相手方は現在の土地所有者でなければならない旨を判示する古い判例もある（大判明治44年4月26日民録17輯234頁）。地代関係を伴わない場合には、地上権者は、権利を有するだけで義務を負わない。その意味で、この場合には、地上権者は、債権者と同様の法的地位にある。そこで、放棄の自由を認められるのである。

地上権が地代支払い義務を伴う場合には、事情が異なる。地代を受けうる土地所有者側の利益も考慮しなければならないからである。そこで、民法は、地代関係を伴う地上権を想定しつつ、存続期間の定めがない場合に限定して権利放棄を認め、

権利を放棄する場合には、1年前に予告をし、または期限の到来していない1年分の地代を支払わなければならない旨を規定している（民268条1項）。土地所有者が替わりの地上権者を探するための期間を保障して、土地所有者に不利益を与えない趣旨である。

他方、存続期間の定めがある場合には、地代関係がある限り、地上権の放棄は認められない。例外的に、不可抗力によって3年間収益を喪失し、あるいは5年以上地代より少ない収益しかえられなかった場合に、地上権の放棄が認められるだけである（民266条1項による民276条の準用）。

(2) 永小作権の放棄

永小作権の場合には、地上権とは異なり、小作料の支払いが権利の要素である（民270条）。また、存続期間も必ず存在する（設定行為で期間を定めなかった場合には、原則として30年とされる。民278条）。地上権の場合には、存続期間の定めがあり地代支払い関係がある地上権については、原則として放棄が認められず、例外的に一滴期間の収益喪失・減少がある場合に限定して放棄が認められた。永小作権も同様である。永小作人は、不可抗力によって3年間収益を喪失し、あるいは5年以上地代より少ない収益しかえられなかった場合に限定して、永小作権の放棄を認められるにすぎない（民275条）。

(3) 地上権および永小作権が抵当権の目的である場合の例外

地上権および永小作権は、抵当権の目的とすることができる（民369条2項）。この場合には、地上権および永小作権の放棄が認められるときであっても、その効力を無条件で認めるとすると、抵当権者の利益を害することになる。そこで民法は、この場合には、地上権や永小作権を放棄しても、地上権者や永小作人は、これをもって抵当権者に対抗することができないものとした（民398条）。

したがって、抵当権者は、放棄があったとしても、なおその地上権・永小作権が存在するものとして、抵当権を実行することができる。しかし、土地所有者との関係では地上権・永小作権の放棄

⁽¹²⁾ 我妻・前掲注(8)『新訂債権総論』368頁。

⁽¹³⁾ たとえば、梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権編』（1911年版、有斐閣、1984年復刻版）235頁。

は有効で、これらの権利は消滅してその価値部分は土地所有者に復帰している。それゆえ、この抵当権実行は、土地所有者に属する価値を対象に行われていることになる。したがって、土地所有者は、地上権者等に対して、その価値部分の求償を求めることができることになる。他方で、土地所有者に対する関係では放棄は有効であることから、被担保債権の弁済によって抵当権が消滅すれば、地上権・永小作権も絶対的に消滅する。

この規定の考え方は、地上権および永小作権に限定されず、権利一般の放棄について妥当するものである。債権についても同様に考えるべきことは、前述した。所有権についても、その放棄を認める場合には、同様に考えるべきである⁽¹⁴⁾。

3 小括

以上のように、所有権以外の権利の放棄について、民法は、一定の規定を用意している。それらから、権利放棄に関する民法の基本的考え方を抽出することは、十分に可能である。それを端的に命題化するならば、権利の放棄は可能である、しかし、それによって第三者の権利利益を害することはできない、ということになる⁽¹⁵⁾。

第三者の利益を害することのないようにするために民法が用意した手法は、①そもそもそのような場合の放棄の権限を否定するという方法（永小作権や地代関係がある場合の地上権）と、②そのような場合における放棄について、第三者への対抗を否定するという方法（これらの権利が抵当権の目的になっている場合。民398条）である。③さらに学説においては、公序良俗法理の活用も提示されていた（とりわけ我妻説）。これらの法理は、択一的なものではない。問題状況に応じてこれら

の法理を使い分けていくことが求められるであろう。

Ⅲ 所有権の放棄その1：原則的自由

1 所有権放棄の原則的自由

以上に整理した民法の考え方からして、所有権についても、原則的には、その放棄の自由を認めるべきである。一般的に権利放棄の自由が認められる中で、所有権だけ例外と考える理由はない。実際、民法起草者は、所有権についても放棄が認められるものと考えていた。富井政章は、私権の放棄を一般的に認めるとともに（前述）、「自分の権利を自分一人の意思で放棄できるということは、先に総則の法律行為の規定を書く時に1ヶ条置こうかと思ったが、必要なかろうというので書かなかった」と述べている⁽¹⁶⁾。この言明から所有権が外されていると理解することは無理というものであろう⁽¹⁷⁾。また、梅謙次郎も、先に引いたように、権利一般について「権利ハ権利者ニ於テ何時ニテモ之ヲ抛棄スルコトヲ得ヘキハ固ヨリ言フヲ俟タサル所」であると断言するとともに⁽¹⁸⁾、所有権放棄を前提とした法律関係の検討を行っている⁽¹⁹⁾。そして、その後の学説も、所有権放棄の原則的自由を明示することはしないが（当然の法理だと考えているのであろう）、所有権放棄の可能性を前提とした問題の検討を行っている⁽²⁰⁾。そこでは、土地所有権あるいは不動産所有権が区別されるということもない。このような学説の一般的傾向⁽²¹⁾

⁽¹⁶⁾ 前田・前掲注(9) 772頁。

⁽¹⁷⁾ 実際、富井は、その後、その体系書において、所有権の放棄が可能であることを前提とする解説を行っている。富井政章『民法原論第1巻総論』（有斐閣、1922年合冊）376-377頁、同『民法原論第2巻物権』（有斐閣、1923年合冊）82-83頁。

⁽¹⁸⁾ 注(15)参照。

⁽¹⁹⁾ 注(14)参照。

⁽²⁰⁾ 代表的なものとして、我妻榮（有泉亨補訂）『新訂物権法』（岩波書店、1983年）248-249頁、末川博『物権法』（日本評論新社、1956年）84-85頁、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960年）53頁などがある。

⁽²¹⁾ たしかに、不動産に関しては、所有権放棄の可能性を否定する学説が存在しないではない。田處・前掲注(4) 180頁に紹介されている学説を参照。しかし、それは例

⁽¹⁴⁾ 梅・前掲注(13) 593頁は、その旨を明示的に述べる。ただ、不動産所有権については、単純にこれを放棄する者はきわめて稀であることを理由に、特に規定を設けていないとしている。

⁽¹⁵⁾ 梅謙次郎は、この趣旨を明示的に述べている。「権利ハ権利者ニ於テ何時ニテモ之ヲ抛棄スルコトヲ得ヘキハ固ヨリ言フヲ俟タサル所ニシテ唯之ニ因リテ他人ノ権利ヲ害セサルコトヲ要スルノミ」。梅・前掲注(13) 234頁。

に反対する理由はなく、それを踏襲する形で所有権放棄の自由を原則的に認めようというのが、本稿の考え方である。

他方で、権利放棄の自由が無制限のものではなく、第三者の利益を侵害しない限りで認められるというのも、先に確認したところである。実は、所有権の場合には、動産であれ不動産であれ、それが有体物を対象とすることから、この点に関して他の権利放棄には見られないような特徴が現れる。そこから、所有権放棄については、むしろ放棄の自由が制限されるという例外的事態が多く生じてくるのであるが、その点に関しては、項を改めてIVにおいて検討する。ここでは、放棄の自由を前提として、先に土地所有権放棄をめぐる現代的問題のひとつとして指摘した、所有者不明土地等の有効利用という観点からの不動産所有権放棄を活用する可能性について、検討しておくことにしたい。

2 所有者不明土地等の有効利用のための土地所有権放棄の活用

(1) 問題の所在

今日の日本の不動産登記をめぐる最重要問題のひとつは、相続登記未了不動産の増加である（「相続未登記問題」とも言われる）⁽²²⁾。この結果、何代にもわたる相続が不動産登記に反映されず、関係権利者が膨大なものとなり、その捕捉も困難になって、結局、所有者不明土地になってしまうという事態が生じる⁽²³⁾。

外的であり、学説的には、不動産所有権の放棄を原則的には認めるのが通説と評価してよいように思われる。注

(4) で紹介した初期の学説も参照。いずれも、結論的には不動産所有権の放棄を認めている。注(4)に対応する本文で紹介した、不動産所有権の放棄が許されるかどうかははっきりしないという田處論文の評価は、放棄を否定する不動産登記実務を意識したものだと思われる。しかし、この点に関しては、注(5)も参照。

⁽²²⁾ 多くの文献がこれを指摘するが、農地を対象とした近時の検討として、田代洋一「相続未登記問題の実態と農地集積」土地と農業 47号(2017年)41頁以下を挙げておく。鹿児島県の実態の分析とともに、対処策も検討されている。

⁽²³⁾ この問題を指摘して警鐘を鳴らしたのは、東京財団

このような事態の問題性が顕在化するの、これらの土地について一定の事業が企画される場合である。典型的には、東日本大震災からの復興を目指す宅地造成その他の事業を推進する過程で、買収対象地に多くの所有者不明土地が存在しているために、買収が進まないという事態が生じた。また、災害復興でなくとも、特別養護老人ホーム建設など公共性の高い事業のために地価の安い山林地や荒地が候補地になることがある。しかし、これらの土地についても、相続登記未了地であり、関係権利者が錯綜して収拾のつかない状態に落ち込むことが少なくない。また、近年その深刻度が高まっている空き家問題においても、同様の事態に遭遇することがある。

このような状態に対処するための努力も始まっている。2016年6月2日に閣議決定された『経済財政運営と改革の基本方針2016について』（いわゆる骨太の方針）という文書においても、「ストックを活用した消費・投資喚起」という観点から、「空き家の活用や都市開発等の円滑化のため、土地・建物の相続登記を促進する」という方針が打ち出された⁽²⁴⁾。これを受ける形で、法務省においても、相続登記促進への取組みが強化されており、たとえば「法定相続情報証明制度」の新設が提案されている⁽²⁵⁾。国土交通省でもかねてから「所有者の所在の把握が難しい土地の対応方策に関する検討会」を立ち上げ、問題の検討を行っていたが、2016年3月には『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探索・利活用のためのガイドライン』が公表され⁽²⁶⁾、その後も継続的にフォローアップ

『国土の不明化・死蔵化の危機——失われる国土Ⅲ』

(2014年3月)である。この調査のその後のフォローアップとしては、東京財団『土地の「所有者不明化」——自治体アンケートが示す問題の実態』（2016年3月）がある。

⁽²⁴⁾ この閣議決定は、http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2016_basicpolicies_ja.pdf において閲覧することができる。(最終閲覧、2017年4月10日)

⁽²⁵⁾ 宮崎文康「相続登記の促進に向けた新たな取組み——法定相続情報証明制度」金融法務事情 2061号(2017年)6頁参照。

⁽²⁶⁾ この『ガイドライン』は、日本加除出版社から公開

作業を行っている。

そのような中で、先に触れたように、土地所有権の放棄を推定する可能性についての問題提起などがなされているわけである⁽²⁷⁾。ここでは、同じ座談会の別の発言を引いておこう。「すべての相続人が関心を失っているような土地であったならばどうするのか。……最終的に誰も手をつけないで放っておかれている土地については、これは相当に慎重に論じられなければなりません、所有権の放棄を推認して、その後の話を進めるべきではないかという論点が抜き差しならない仕方でも問われるべき場面ではないか……」⁽²⁸⁾。このような問題提起をどのように受け止めることができるか。以下では、この論点について若干の検討を行いたい⁽²⁹⁾。

(2) 不動産所有権放棄の推認の可能性

(i) 放置と不動産所有権放棄の意思の認定

権利の放棄は、一般に、放棄によって直接に利益を受ける者に対する意思表示によって行われる。たとえば、地上権を放棄する場合には、土地所有者に対する意思表示を必要とする。この意思表示があれば、地上権はそれによって消滅するが、それを第三者に対抗するためには、登記がなされている場合には、一般原則に従って、その抹消登記が対抗要件として必要である⁽³⁰⁾。債権の放棄(免除)も、それによって直接に利益を受ける債務者に対する意思表示によって行われる(民519条参照)。

これらに対して、所有権の放棄は、相手方のな

い単独行為であって、特定の人に対する意思表示を必要としない。しかし、それだけに、放棄の意思が外部から明確に認識できる程度になされることが必要とされよう。この趣旨を明確に判示する裁判例もある⁽³¹⁾。そのような観点からすると、登記(抹消登記)がなされれば、放棄の意思は外部から明確に認識しうる。しかし、登記は、基本的には、不動産所有権放棄による所有権消滅の対抗要件である。それが同時に所有権放棄の意思表示を示すものとして機能することはありうるとしても、登記がなければ放棄の意思が一切認められないと考えるべきではない。

それでは、どのような事情があれば所有権放棄の意思を認定することができるであろうか。上記の下級審裁判例は、一般論として、「放棄は放棄者の積極的意思に基づくことが必要である」と説く。所有権放棄という行為の重要性を勘案すれば、この一般論は正当と言うべきである。もっとも、放棄の積極的意思と言っても、その旨の言語的表明やその文書化が必ず必要と解すべきではない。意思表示には、言語以外の行為によって意思を表示する黙示の意思表示も存在するからである。黙示の意思表示による所有権放棄もありうると考える必要がある⁽³²⁾。その上でさらに、黙示の意思表示を認定するためには、言語的表明はないとはいっても、意思表示と評価しうる積極的行為の存在は必要だと考えるべきである。そうだとすれば、黙示の意思表示を認定するためには、一般論としては、単なる放置では足りない。

されている(2016年8月)ほか、大成出版社からも事例集付きで公刊されている(2016年9月)。

⁽²⁷⁾ 注(3)および対応する本文を参照。

⁽²⁸⁾ 山野目ほか座談会・前掲注(3)58頁(山野目章夫発言)。

⁽²⁹⁾ 本稿が行うのは、このように、土地所有権放棄論からの問題へのアプローチにすぎない。特別法制定を提案する本格的な検討として、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』」『星野英一先生追悼・日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015年)299頁以下がある。この構想が現実に立法化されるならば、状況は大きく改善するであろう。

⁽³⁰⁾ 以上について、我妻・前掲注(20)249頁。

⁽³¹⁾ 大阪高判昭和58年1月28日判タ506号101頁。次のように判示する。「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る」。

⁽³²⁾ 富井・前掲注(17)『総論』376頁は、黙示の意思表示による権利放棄の可能性を明確に認める。裁判例にも、黙示の意思表示による所有権放棄を認めるものがある。大津地判昭和53年1月23日訟務月報24巻3号425頁(放置について黙示の放棄を肯定したが、その結論は、控訴審である大阪高判昭和58年1月28日[前掲注(31)]によって覆された)、横浜地判昭和53年7月26日訟務月報24巻10号1924頁(ただし、土地所有権放棄の結果、国庫にその所有権が帰属するという事案ではない)参照。

先に紹介した問題提起は、誰も関心を持たないで放置されている土地について、所有権放棄を推認することができるかを問うものであった。ここでは、明示の意思表示は存在しないのであるから、問題は、放置について所有権放棄の黙示の意思表示を認定することができるかということになる。しかし、ここまでの検討によれば、そのような認定を直ちに行うことは難しいと言わざるをえない。黙示の意思表示と評価することができるためには、一定の積極的行為が必要であると解すべきところ、単なる放置すなわち不作為では、積極的行為と評価しえないからである⁽³³⁾。

(ii) 考えられる方策

しかし、相続登記未了地について、所有権放棄を活用して権利関係を集約したいという要請は強いし、その要請は、基本的には正当である。それでは、何か方策はないのであろうか。

考えられるのは、相続未登記を、単なる放置ではなく、より積極的な所有権放棄の意思を黙示的に表示する行為と規範的に評価していく方向である。そのような評価を可能にするためには、相続登記の義務化ないしそれに準じる措置を講じることが有力な手掛かりとなるであろう。相続登記を行うことが義務的であるのにそれを果たさないという事実、所有権放棄の意思を読み込んでいくわけである。

とはいえ、相続登記を義務的なものとして仕組んだとしても、相続未登記から直ちに所有権放棄を認定するというのは、乱暴との誹りを免れないであろう。少なくとも、相続によって権利を承継した所有者に対して権利主張の機会を保障することが必要である。そのためには、相続人不存在の場合の相続人搜索手続(民951条以下)とは別に、それに準じた手続を行うというのがひとつの考え方としてありうる。もっとも、相続人搜索手続の

場合に必要となる債権者に対する請求の申出をすべき旨の公告は必要がないと考えられるので、直ちに所有者搜索のための公告手続(民法958条に準じる)に入ることができる。公告を行う主体は、登記を管轄する地方法務局にするのが適切であろう。事業主体が、地方法務局にこの公告を行うことを請求することになる⁽³⁴⁾。

このような手続を尽くしてもなお権利を主張する者が現れない場合に、義務があるにもかかわらず相続登記を行っていないことをもって所有権放棄の黙示の意思表示を認定することが可能ではないか。これが、本稿において試論的に提示している方向である⁽³⁵⁾。

権利者の一部が最初から判明している場合、あるいは権利者の一部が搜索手続の中で明らかになった場合には、それ以外の権利者について問題となるのは、共有持分放棄の意思の認定である。この場合には、放棄された共有持分は、判明している権利者に帰属することになる(民255条)。したがって、この認定のハードルは、土地を国庫に帰属させることになる土地所有権全部の放棄意思の認定よりも低いと言ってよいであろう。相続登記の義務化ないしそれに準じる措置を先行させなくても、この意思の認定は可能かもしれない⁽³⁶⁾。

⁽³⁴⁾ 以上の対策については、相続登記の義務化を除くと、立法措置を必ずしも想定していない。所有権放棄の黙示の意思表示を認定するために望まれる根拠事実との位置づけで足りるのではないかと考えている。ただし、公告手続を法改正なしに行政の内部措置で実施しうるかについては、なお検討が必要である。

⁽³⁵⁾ なお、本稿では十分な検討ができていないが、放置自転車の処理に関する「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」(自転車法)(1970年制定)の考え方も参考になるものと思われる。同法によれば、放置自転車の所有権は、次のような手続を経て市町村に帰属する可能性を認められる(6条)。^①条例で定めた手続に従った放置自転車の撤去(基本的に警告が先行する)・保管。^②保管の公示と返還のために必要な措置の実施。^③公示から相当期間経過後の売却(代金は保管)・廃棄等の可能性。^④公示から6ヶ月経過後も自転車の返還(代金返還を含む)ができないときは、当該自転車の所有権は、市町村に帰属する。

⁽³⁶⁾ さらに言えば、権利者の一部が判明している場合には、判明していない権利者について判明している者に対する代理権授与の意思を擬制することによって、問題を

⁽³³⁾ 先に引いた下級審裁判例(大阪高判昭和58年1月28日[前掲注(31)])は、土地の所有権を喪失したものと誤信して、その後土地に対する所有権の主張をしなくなり、土地をそのまま放置しているという事案において、自ら積極的に所有権を放棄したものと認められないと判断している。この判断は正当であろう。

なお、相続登記の義務化ないしそれに準じる措置は、所有権放棄に関する黙示の意思表示認定の可能性を考えるとという問題とは別に、それ自体として相続未登記問題への有力な対処策になりうる。登記制度の根幹にかかわる問題ゆえに、これも簡単な課題ではないが、所有権放棄問題とは切り離してであっても、この課題を検討することが望まれる。

IV 所有権の放棄その2：例外的制限

1 所有権放棄における外部性

(1) 有体物の存在に伴う外部性

さて、以上のように所有権放棄の原則的自由を認めるとしても、その自由は、第三者の利益を害さない限りで認められるにすぎないと考えるべきである。これは、権利一般の放棄に関する大原則の所有権への適用である。

ところで、権利一般の場合には、放棄の自由の制限は、その権利が第三者の権利の対象になっているという場合に典型的に現れた。民法398条が想定する地上権および永小作権が抵当権の目的になっている場合がその具体例である。所有権の場合にも、その点は同様である。抵当権の目的となっている所有権について、放棄が自由には認められないことは当然である。

しかし、所有権の場合には、それだけではない。権利が消滅すれば何も残らない他の権利の放棄と比較して、所有権の放棄の場合には、客体が有体物であることから、権利が消えてもその客体である有体物が残る。そして、この有体物の存在の故に、所有権の放棄は、他の権利の放棄とは異なる形で、他者の利益に影響を与えるのである。換言すれば、所有権の放棄は、多くの場合には、その客体が有体物であるが故に、外部性を伴う。その結果、所有権放棄については、放棄の自由が否定されるという例外的事態が多く生じてくることになる。

処理することができる。ハードルは、このほうが低いであろう。

(2) 動産の場合の具体的検討

(i) 他者の利益を害する場合

(a) 特定の他者の権利利益を害する場合

動産を素材として、以上の事情を具体的に眺めてみよう。Aが自己所有の動産 α を不要になったとしてB所有地に投棄したとする。ここには、所有権放棄意思が投棄(占有の事実的・意思的放棄)という行為によって外部に明確に示されている(所有権放棄の黙示の意思表示)。 α の上に第三者の権利が存在していなければ、この所有権放棄がその点で第三者の権利利益を害するという事実はない。しかし、この所有権放棄は、客体として α という有体物が存在しているが故に、投棄されたBの権利利益を害することが十分にありうる。Bは、 α についてその取得を望み、無主物先占(民239条1項)によってその所有権を取得しようとする場合は別として、Aの投棄行為の故に α がB所有地上に存在することによって、その所有権を害されるのである。したがって、これまでに見てきた権利放棄の一般原則に照らして、この場合には、所有権放棄の自由は制限されるべきことになる。

実際に、これまでの通説的扱いにおいても、この場合には、Aの α に対する所有権は存続しているものと扱われている。この例は、所有権に基づくBの妨害排除請求権が成立する典型的な場合である。ところで、物権的請求権の相手方は、一般にその物の所有者とされている⁽³⁷⁾。つまり、このケースにおいては、Aは、 α の所有者として、Bが有する物権的妨害排除請求権の相手方となるのである。それは、Aの所有権放棄の効力が否定されていることを意味する⁽³⁸⁾。

⁽³⁷⁾ 判例・通説である。判例としては、建物所有者を相手にしているケースであるが、次のような判示を参照。「土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物除去・土地明渡しを請求するには、現実建物に占有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者を相手方とすべきである」(最判平成6年2月8日民集48巻2号373頁)。

⁽³⁸⁾ 物権的請求権一般の問題としては、物権の侵害者は、通説の理解とは異なり、妨害物の所有者に限定されず、妨害行為の実行者も含める余地もありうると思われる。

(b) 一般的他者の利益を害する場合

それでは、Aが α を特定の他者の権利利益を害するのではなく、一般的な他者の利益を害する可能性がある形で投棄した場合はどうか。たとえば、公道に投棄するような場合である。ここでも、所有権放棄の意思は認定することができる。そこで、公道を通行する公衆の誰か(B)がこれを先占する場合には、無主物先占を根拠とするBによる α 所有権の取得を認めてよい。しかし、それを迷惑行為として道路管理者がその除去をAに求めた場合にはどうであろうか⁽³⁹⁾。Aは、 α 所有権を放棄しているが故にもはや α の所有者ではないということを経由に、除去請求を拒絶することができるのであろうか。それを認めるのは、不当という他はない。(a)においてAに所有権が残っていることを前提として物権的妨害排除請求権が認められたと同様に、ここでも、Aに所有権が残っていることを前提として道路管理者による除去の請求が認められるべきである。ここでの道路管理者は、公衆の利益を代表する形で除去請求を行っている。それが認められることによって、公衆の利益侵害が回復される。このようにして、ここでもまた、動産所有権放棄の自由は制限されるのである。

(c) 効力否定の法律構成

それでは、このように所有権放棄の効力を否定する場合、その法律構成はどのように考えるべきであろうか。

特定の他者の権利利益を害する場合には、その者との関係で所有権放棄の効力の対抗を否定するという構成でもよいかもしれない(民法398条に示された構成)。しかし、一般的他者(公衆)の利益を害する場合には、そのような構成を採用しにくい。その場合には、公序良俗法理(民90条)に基づいて当該放棄行為を無効とするのが、法律関係の明確化の観点から望ましい。所有権放棄も、単独行為という形態の法律行為である以上、公序

る。しかし、このような論点には、本稿では立ち入らない。

⁽³⁹⁾ この設例は、Aが α を公道上に投棄したことが道路管理者に判明していることが前提である。

良俗法理の適用を受けるのは、当然のことである。

(ii) 廃棄物

一般廃棄物であれ、産業廃棄物であれ、廃棄物は、その所有者にとって不要な物であり、その意味では負財である。これらの物については、その投棄について、行政上の規制が存在する。これを動産所有権の放棄という観点から整理すると、どのようなになるであろうか。

まず、家庭ゴミ等の一般廃棄物は、市町村の責任で処理するものとされている(廃棄物の処理及び清掃に関する法律6条の2)。しかし、だからといって各家庭が自由に家庭ゴミを投棄できるわけではない。市町村ごとに定められるゴミ出しのルールに従って、家庭ゴミを投棄する必要がある。このルールに従っている限りは、市町村は、その廃棄物所有権をその処理のために引き取る。廃棄物の投棄者は、これを前提として、廃棄物の所有権放棄を認められるわけである。ルールに従っていない廃棄物については、市町村は、その引取りを拒絶することができる。その場合の廃棄物所有権は、投棄者に残っていると考える必要がある。投棄者の責任で適切な廃棄を改めて行うべきだからである。動産所有権放棄の自由は、その限りで制限される。

次に、産業廃棄物は、事業者がその責任で処理するものとされている(同法11条)。その際に、遵守すべき行政上のルールが存在することは当然である(同法12条以下)。事業者は、このルールを遵守して廃棄物を処理する限りで、その所有権の放棄を認められる。ルールを遵守しない不法投棄の場合には、当該廃棄物の所有権放棄を否定されたと考える必要がある。その理由は、上記の一般廃棄物の場合と同様である。

以上のように、行政上のルールを遵守しない廃棄物投棄については、その所有権放棄の効力を否定すべきである。その法的根拠としては、公序良俗法理を引くのが適切である⁽⁴⁰⁾。そうすると、(i)の場合とのバランスも取れる。行政上のルールは、

⁽⁴⁰⁾ 以上について、加藤・前掲注(28)316頁も同様の発想である。

当然に公序良俗の内容を形成するわけではない。とはいえ、廃棄物に関する行政上のルールは、所有者が負担すべき処理コストの回避や、廃棄物の危険性に由来する所有者の責任を解除するような投棄行為を対象にする。そのような立法者の規範的判断は、民法サイドでも受け止めるべきである。そのようにして、行政上のルールを遵守しない不法投棄という形での廃棄物の所有権放棄は、公序良俗に反するものとして無効になると考えるべきである。

2 土地所有権の放棄

(1) 土地所有権放棄の原則的否定

(i) 基本的考え方

不動産の場合には、その所有権を放棄することによって所有者が存在なくなると、その不動産は国庫に帰属する(民239条2項)。動産の場合には、無主の物となり、無主物先占による所有権取得の対象になる(民239条1項)のとは、大きな違いである。

この違いから、土地所有権の放棄は、必然的に国の利害に影響を与えることになる。そうすると、これまで確認してきた原則からして、国の利益を害する形では、土地所有権の放棄は認められないことになる⁽⁴¹⁾。

他方で、私人が自己に属する土地所有権の放棄を考えるとというのは、多くの場合には、土地所有に伴う利益よりもそれに伴う負担のほうが大きくなるという事態を前提にしている。要するに、負財化した土地であるが故に、放棄を考えるわけである。そのような財は、国の利益も害する可能性が大きい。そうであれば、土地所有権については、通常は国の利益を害するが故に、原則的にはその

⁽⁴¹⁾ この結論を否定しようとする場合には、私人と異なり、国には、その利益が害される場合であっても、私人の所有権放棄とそれによる負担の転嫁を引き受けなければならない責任があるという立場を採用する必要がある。しかし、国庫が税によって維持されていることからすれば、国庫の不利益はとりもなおさず国民の不利益ということになる。したがって、一私人の負担の転嫁を国庫が甘受しなければならないという議論を正当化するの、難しいであろう。

放棄が認められないということになる⁽⁴²⁾。

(ii) 裁判例

(a) 裁判例の紹介

この論点についての裁判所の考え方は不明であったが、近時、興味深い裁判例が現れた。松江地裁平成28年5月23日判決(訟務月報62巻10号1671頁)およびその控訴審判決である広島高裁松江支部平成28年12月21日判決(LEX/DB25545271)である。

事案をごく簡単に紹介すると、Xは、父の所有する土地を将来において相続し、保有し続ける事態を避けるために、当該土地の受贈後に所有権を直ちに放棄する目的で父から当該土地の生前贈与を受け、その旨の登記も経た。そして、本件訴訟を提起する訴状によってこの土地の所有権を放棄したものと、Xから国への所有権移転登記手続(登記引取り)を求めたという事件である。

第1審の松江地裁判決は、次の2点を強調して、土地所有権放棄の主張を権利濫用法理によって否定した。①Xの主観的意図。次のように述べる。「原告は、具体的にではないにしても、本件各土地を所有することにより将来的に背負うことになる負担ないし責任を回避する意図を有していたものであり、他方で、民法239条2項により本件各土地を所有することとなる被告にかかる負担ないし責任が移転するものと認識していたものと認めるのが相当である。②国の負担。次のように述べる。「Xによる本件所有権放棄によって、Xの所有権喪失が認められた場合には、民法239条2項により必然的にその所有権が帰属することとなる被告(国)において、財産的価値の乏しい本件各土地について、その管理に係る多額の経済的負担を余儀なくされることとなる……」。

この判断は、基本的には、控訴審である広島高裁松江支部によっても支持された。

この判決は、権利濫用法理によって土地所有権放棄の主張を封じるわけであるから、土地所有権

⁽⁴²⁾ 山野目章夫「SWAT畑中悦子の事件簿第16話所有者が不在の土地?」NB L1091号(2017年)63頁も、同様の発想のように思われる。

放棄が可能だという理論的前提に立っている。この前提は、本稿の検討からして正当である。また、権利濫用法理の適用が一般的にありうることは、当然である。問題は、権利濫用法理を現実に適用することが事案との関係で妥当かである。

本判決は、権利濫用法理の適用に当たって、主観的事情と客観的事情を合わせて総合的な衡量を行っている。これは、権利濫用法理適用の通常のあるあり方である。そのような検討を経て、前記の具体的事情の下でXの請求を否定するという本判決の結論については、多くの異論はないように思われる⁽⁴³⁾。

(b) 若干のコメント

その点を確認した上で、本稿の観点から、若干の点をコメントしておきたい。

第1に、本件の具体的事案において裁判所が強調した主観的事情と客観的事情は、土地所有権が放棄される多くの場合に、ほぼ共通して認められるものである。①まず、土地所有権を放棄する場合に、放棄者が負担ないし責任を回避する意図を有していることは当然であるし、その負担が国に移転することも、認識していないという事態はまずないであろう。②また、国は、放棄の対象になった土地所有権を取得すれば、通常は相当の負担を負うことになる。とすれば、権利濫用という例外的な場合に適用されるべき法理を使ってはいるが、この判決の立場からするならば、土地所有権放棄の場合には、むしろその主張が原則的に権利濫用として否定されることになるはずである。権利濫用法理によって権利主張が封じられたからといって、それは決して例外的なケースとは言えないのである。

第2に、そうであれば、土地所有権放棄の主張を排斥する根拠となる法理としては、権利濫用法理よりも公序良俗のほうが適切なのではないであ

ろうか⁽⁴⁴⁾。①まず、公序良俗法理は、基本的には結果の不当性という客観的要素に着目する法理であり、客観化しているとはいえもともとは権利行使者の主観的様態（典型的にはシカーネ）に着目する権利濫用法理とは、その発想を異にする。つまり、公序良俗法理の場合には、判断基準の重点は、国が負うべき負担の大きさに置かれる。大きな負担を国に転嫁する行為ということで、反公序良俗性が認められるわけである。土地所有権放棄の効力を判断するための枠組みとしては、そのほうが適切であろう。②次に、権利濫用法理を採用すると、国以外の者と関係では放棄の主張が可能となるのではないかなどの疑問が提示される⁽⁴⁵⁾。公序良俗法理のほうが、その点を含めて、法律関係の明確化を期待しうる。③さらに、ここでは、動産一般や廃棄物の所有権放棄を制限する法理として、先の検討に従えば、公序良俗法理が適切であったことを想起しておきたい。不動産所有権についても同様に考えることで、所有権放棄全体に関する整合的な法的枠組みが確保される。

(2) 土地所有権放棄が認められる場合

(i) 国の同意による土地所有権放棄の効力発生：相対的負財と絶対的負財

国は、以上のように、希望しない負担を押しつけられるべきではないが、そのような土地であっても、国として価値を認めれば、私人の土地所有権放棄に伴う所有権取得を認めることに問題はない。私人にとって負財であるからといって、常にその放棄を否定する必要はないのである。これは、国が同意すれば土地所有権放棄の効力が生じ、当該土地は無主のものになる、その結果、国は当該土地の所有権を取得する（民239条2項）ということである。

私は、以前に、このような問題との関連で、不

⁽⁴³⁾ 田處・前掲注(4)は、一般論として、国に実際に所有権が移転している以上、登記引取請求は認容されるべきであると説く(182頁)。権利濫用法理の適用を一切否定する趣旨ではないであろうが、本件のような事実だけで権利濫用法理を適用することには、反対の見解なのかもしれない。

⁽⁴⁴⁾ 念のために言えば、本文は、この事案において権利濫用法理を適用したことを批判するものではない。事案の解決として、それは十分にありうる構成であった。ここで述べているのは、土地所有権放棄を制限する一般法理として何が適切かというレベルの問題点である。

⁽⁴⁵⁾ たとえば、事故が生じた場合、被害者との関係で土地工作物責任(民717条)が排除されるか、などである。

動産と動産の双方を想定しつつ、「絶対的負財」と「相対的負財」という概念整理を行ったことがある。すなわち、所有者がある物の所有権を放棄する場合には、その物は、その所有者にとっては価値のない負財である。しかし、他の者がその物について価値を認めてその所有権取得を望むことはありうる。そのような負財は、いわば「相対的負財」であって、その所有権放棄を否定する理由はない⁽⁴⁶⁾。それを念頭に置きつつ改めて定式化すると、所有権放棄の効力を民法90条（公序良俗）に反するものとして否定すべきなのは、その物に価値を認める者が出てこない場合、すなわち「絶対的負財」の場合に限定されるということになる⁽⁴⁷⁾。

(ii) 法的構成

以上の考え方によれば、土地所有権放棄の効力は直ちには定まらず、最終的にそれを引き取る者が現れるかどうかでその効力が定まることになる。その効力は、いわば浮動的なものである。これを法的に構成することは、それほど簡単ではない。公序良俗違反かどうかは行為の時点で定まるというのが伝統的発想であって、後の事実如何によって結果が異なってくるというのは、伝統的公序良俗法理が知らないところだからである。

差し当たり、試論として次のように考えておきたい。土地所有権の放棄は、国の利害に大きな影響を与えるが故に、国の同意がない限り、原則的に公序良俗違反で無効である⁽⁴⁸⁾。しかし、国が同意を与える場合には、土地所有権放棄の公序良俗

違反性が解消し、当該放棄は有効と評価される。同意によって遡及的に無効な行為が有効になるということではない。同意の時点で当該行為の法的効力を評価すると、公序良俗違反の性格が存在しないが故に、放棄が有効と扱われるということである⁽⁴⁹⁾。

(iii) 国による放棄地の政策的受入れ

以上のようにして、土地の場合には、国がその価値を認めて所有権取得に同意する場合には放棄しうるが、国が同意しない場合には放棄しえないということになる。ここで国が同意するという場合には、純粋に当該土地に価値を見出す場合ももちろんあるが、より大きな国土政策の観点から、当該土地を国有地とするほうが望ましいと判断する場合もあろう。あるいは、事実上の管理放棄等が国土保全の観点から問題がある場合には、国の責務として、そのように判断すべき場合もあるであろう。

しかし、そのような場合がありうるとしても、土地所有権放棄の自由を認めて国への当然の所有権移転を認めるのではなく、国に政策判断の余地を残しておくことは重要だと考える。これは、言い換えると、土地所有権を放棄しようとする私人との関係で、それを受け入れるとしてもその際の条件を交渉しうるということでもある。たとえば、私人にそれなりの負担を負わせた上で（たとえば測量費用の負担など）、国有地として受け入れるということであれば、納税者との関係でも、説明がつきやすくなるであろう。私人の側からすると、そのような負担の履行を提示することによって、国に受入れを要請することができるということである。

⁽⁴⁶⁾ 具体例として、動産ケースであるが、Aが他人Bの所有地に自転車を投棄したところ、Bがその自転車に価値を見出して利用を開始したという例を挙げておこう。この場合には、Aの自転車所有権の放棄は効力を発生し、Bの先占によってBが所有権を取得すると考えてよい。

⁽⁴⁷⁾ 吉田・前掲注(1) 22-23頁。

⁽⁴⁸⁾ このように述べることは、先に土地所有権を含めて所有権放棄は原則として自由と述べたところと矛盾するわけではない。土地所有権放棄の自由も、何回も確認しているように、他者、具体的には国の利害を害する場合には、制限される。そして、土地所有権が放棄される場合には、当該土地の財産的価値の乏しさと負担の大きさの故に国の利害を害する蓋然性が大きいので、それを同意がない限り公序良俗違反と扱うというのが、本文中で提示した考え方である。

⁽⁴⁹⁾ 「絶対的負財」と「相対的負財」の概念を用いて以上に説いたところは、動産についても同様である。動産についての法的構成もここで考えておくと、土地所有権の場合と平仄を合わせて、次のように考えるのが適切であろう。動産所有権放棄も、その対象が有体物であることに起因する外部性の故に、原則として公序良俗に反して無効である。しかし、第三者がそれを先占する場合には、動産所有権放棄の公序良俗違反性が解消して、当該放棄は有効と評価される。第三者に先占されるような動産の所有権を放棄することには、公序良俗違反性がないと評価されるのである。

ある。放棄の自由を貫徹する場合には、そのような柔軟な解決の余地は一切なくなる⁽⁵⁰⁾。

3 若干の残された課題

最後に、今まで触れていないが今後さらに検討を要する論点として、2点だけ指摘して本稿を閉じたい。

第1に、国土保全という観点から放棄を受け入れることを想定する場合には、国だけではなく、市町村を受け皿にするという選択肢も考える必要がある⁽⁵¹⁾。その土地の所在・状況にもよるが、国よりも市町村のほうが保全について実効的な手段を採りうることもあるからである。この点では、フランスにおいて、2004年に民法改正が行われ（2004年8月13日の法律による）、それまで国に帰属するものとされていた無主の不動産が、市町村に帰属するものとされたことが注目される（新713条。なお、市町村がこの権利行使を放棄する場合には、所有権は当然に国に帰属するものとされている）。日本における今後の方向を探るためにも、フランスの経験に学ぶことは有益であろう⁽⁵²⁾。

⁽⁵⁰⁾ 以上の考え方に対して、国には国土保全と土地の有効活用を図るべき責任があることを根拠に、不動産所有権の放棄の自由を認めようとする見解もある。田處博之「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）87-88頁。国に国土保全に関する責務があることはたしかであろう。しかし、そこから放棄の自由を直線的に引き出すのは、国土の管理保全の枠組みとしてやや硬直的ではないか。国土の管理保全については、私人も相応の責務を負うと考えられる。しかし、放棄の自由を認めると、それを果たす余地がなくなってしまう。放棄を希望する私人に対して、国の同意を要求し、その際に必要であれば受入れ条件についての交渉を行わせるのは、過剰な負担ではないであろう。他方で、国について、努力義務としての国土保全義務を何らかの形で法律上認めることも、十分にありうる措置である。本文で提示したのは、問題対処へのこのような柔軟な枠組みを可能にする土地所有権放棄のあり方である。

⁽⁵¹⁾ そのような問題提起として、山野目ほか座談会・前掲注（3）58-59頁（山野目章夫発言）参照。

⁽⁵²⁾ フランス法における不動産所有権の放棄については、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）678頁以下参照。

第2に、本稿は、土地所有権の放棄について、理論的には放棄自由が原則であるとしても、現実には、例外が原則化して、国が同意しないと放棄しえないものと考えている。このような立場を採る場合には、相続放棄をどう考えるかが改めて問題になる。民法は、相続放棄も含めて相続人が不在である財産は、最終的には国庫に帰属するものとしているからである（民959条）。

所有権放棄とは異なり、相続放棄自体を何らかの法理で制限することは難しいであろう。相続放棄は、もともと債務が超過しているような相続人にとって不利益な遺産を相続人が包括的に承継することを避けるための制度として設けられている。その趣旨からすれば、負財で構成される遺産の相続を拒否することは、相続放棄の本来の機能に列なるものと評価することができるからである。公序良俗法理や権利濫用法理によって相続放棄が制約される可能性がゼロとは断言できないかもしれないが、それが認められるのは、よほど例外的な場合に限定されるであろう。

もともと、相続人不存在を理由に相続財産が国庫に帰属するまでには、利害関係人または検察官の請求に基づく相続財産管理人の選任から始まって（民952条1項）、相続人搜索のためのいくつかの手続を経る必要がある（民952条以下）。利害関係人として想定されるのは、相続を放棄した相続人であろう。費用も時間もかかるこのような手続を、負担を避けるために相続を放棄した相続人が実際に行うことがどれだけあるかは、よく分からない。現実には、相続人全員の相続放棄に起因して負財が国庫に帰属するという事態が生じる可能性は、それほど大きなものではないのかもしれない。また、この手続のプロセスのどこかに、国との交渉の必要性を事実上組み込むという方向も、ありうるかもしれない。ともあれ、この問題の検討についても、今後委ねられるところが大きい。

本研究については、科学研究費基盤研究A26245011（「財の法」の基礎理論構築と立法論的展開）の助成を得た。