

土地所有権の放棄

—所有者不明化の抑止に向けて—

札幌学院大学 法学部 教授 田處 博之
たどころ ひろゆき

1 はじめに

所有者が誰か分からない（あるいは誰であるかは分かってもその生死や所在が直ちには判明しない）いわゆる所有者不明の土地が増えているようである。そうした土地の存在は、固定資産税の徴収、また、空き家や耕作放棄地、管理が放棄された森林などへの対応、災害復旧や公共事業など、さまざまな場面で、所有者の特定に時間を要せしめ、地方自治体などが業務や施策を進めるうえでの支障になっているといわれる。

地価が上昇し、土地を資産とみる意識が人々において根強ければ、また、地縁や血縁がなお影響力を強く有する社会であれば、土地についてこのように所有者が不明化することは少なかったであろう。しかし、人口減が進み、また、地方を中心に、地価の下落傾向に歯止めがかからない地域が少なくない現状では、所有者が不明な土地は、今後その増加が危惧されよう。国土交通省も、平成27年4月に「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」を立ち上げ、平成28年3月には、対応方策の最終とりまとめ⁽¹⁾と、所有者の所在の把握が難しい土地⁽²⁾について、所有

者の探索方法と所有者を把握できない場合に活用できる制度、解決事例等を整理した市区町村等の職員向けのガイドライン（「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」）⁽³⁾を公表したところである。

土地について所有者が不明化していく原因としては、土地が資産としての価値を失うなどの、社会や経済の情勢変化がいわれるのとならんで、制度の問題もいわれる。公益財団法人東京財団による近時の研究報告⁽⁴⁾によれば、制度的課題として、（1）土地（国土）の所有に関する情報基盤に不備があること（不動産登記簿による所有者情報の把握には限界がある。）、（2）相続が放棄されるなどして相続人不存在となった土地について、権利帰属や管理責任が法的に定かでないこと（相続人不存在の土地は国庫に帰属するとする民法959条はあるが、相続財産の管理人が選任されないままだとその手続は進まないし、また、相続放棄した

死亡している場合は、その相続人も含む。以下同じ。）の特定を直ちに行うことが難しい土地、所有者を特定できたとしても、転居先が追えないなどの理由により、その所在が不明である土地、登記名義人が死亡しており、その相続人を特定できたとしても、相続人が多数となっている土地、所有者の探索を行う者の利用できる台帳に、全ての共有者が記載されていない共有地などであるとされる（<http://www.mlit.go.jp/common/001122934.pdf>）。

⁽³⁾ http://www.mlit.go.jp/seisakutokatsu/iten/shoyusha_guideline.html

⁽⁴⁾ 「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—」（平成28年、公益財団法人東京財団）（<http://www.tkfd.or.jp/files/pdf/lib/81.pdf>）。

⁽¹⁾ http://www.mlit.go.jp/seisakutokatsu/iten/seisakutokatsu_iten_tk_000002.html

⁽²⁾ この検討会では、「所有者の所在の把握が難しい土地」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」をいうとされ、具体的には、所有者の探索を行う者の利用できる台帳が更新されていない、台帳間の情報が異なるなどの理由により、所有者（登記名義人が

元相続人の管理責任をいう民法940条もあるが、あまり使われていない条文である。)が挙げられ、土地所有者の不明化は、人口減少社会における土地(国土)の継承のあり方という、国土保全の根本に関わる問題であって、人口減少時代の新たな土地法制の整備が急務であるとされる⁵⁾。そこでは、これら(1)・(2)の抜本的解決策の検討が求められるとともに、以下のようにもいわれる。

「不明化の発生・拡大の予防策として、利用見込みがなく資産価値の低下した土地について、所有者による管理の放棄や権利の放置(相続未登記)に至る前の選択肢をいかに創出すべきかについても、検討が急がれる。『いらぬ土地の行き場がない』とは、ある自治体職員の方の言葉であるが、NPOなど地域の間組織による土地の寄付受付の仕組みの創出や、『所有権放棄』の可能性に関する議論も本格化させる必要がある⁶⁾。

たしかに、価値が感じられない土地であると、相続が発生したときに相続人が関心を示さず、管理も相続登記もされないままとなり、さらに相続が繰り返されるなどして、いま誰が所有者か分からなくなってしまうケースがありそうである。そうであるとすれば、価値が感じられず、要らない土地については、放置せずとも早期に手放せる仕組みが用意されていれば、所有者不明化の抑止に一定程度、有効ではないだろうか。

手放す、といったときに、売ることができれば(お金を出して買ってくれる人がいれば)、それがベストである。しかし、なかには、どうしても売れない、という土地もあるであろう。もちろん、痩せても枯れても不動産であるから、買い手がな

かなか付かない場合であっても、値を下げれば売ることが普通であろう。ただ、値段を下げれば売れやすくなるか、というと、必ずそうであるともいえないようである。普通、不動産を売却しようとするときは、仲介業者を通すことが多いが、彼らも手数料商売なので、あまりにも安い不動産だと、営業活動に身が入らないといわれている。たとえば、100万円では売れなかったら、仲介手数料は5%の5万円、売主買主の両方から手数料をもらえるいわゆる両手の場合でも倍の10万円なので、営業経費を考えるととてもペイしない。したがって、売れても安くしか売れそうにない不動産については、仲介業者も積極的に買主探しに動いてくれない、などといわれるのである。

タダでもいいから土地を手放したいと考える土地所有者が、一定程度いそうである。タダでもいいなどと、そこまでして土地を手放したい、というのは、常識的には考えにくいかもしれないが、土地を所有し続けるのにもコストがかかることを考えると、あり得ない話ではない。土地所有のコストとしては、まず、固定資産税がある。所有している以上、未来永劫、税金がかかってくる。また、維持管理費用がかかることもある。空き家等の建物ならいざ知らず、土地について維持管理に費用がかかるというのは少々意外かもしれないが、市街地だと雑草の問題があり、あの繁殖力はハンパないので、草刈りしないで放っておくと近隣から苦情をいわれかねない⁷⁾。また、土地の形状によっては、山崩れや擁壁の崩壊の場合など、土地工作物責任(民法717条1項)を問われるリスクもある。空き家などで建物を管理しないままに放置することが許されないのは、いまや常識に

⁵⁾ 前掲注(4)「土地の『所有者不明化』」26～29頁。

⁶⁾ 前掲注(4)「土地の『所有者不明化』」29頁。平野次郎「空き家事案の対応(The Case file～司法書士駆ける～)」月報司法書士534号(平成28年)104頁も、共有者や相続人が多数存在したり、無償でも引取り手がないなど、対応に限界のある空き家事案を解決するには、不動産所有権制度を見直し、所有者等が管理できない不動産の受け皿制度を創設するしかないとする。

⁷⁾ 小倉馨「土地の所有権の放棄の登記手続について」法曹746号(平成24年)29～33頁の事例を参照。地方自治体によっては、雑草等の放置に対し行政からの代執行を可能とする条例さえある(北村喜宣ほか『空き家等の適正管理条例 老朽危険家屋等から住民の安全・安心を守る—喫緊の自治体(行政・議会)施策 所沢市/足立区/大仙市/柏市議会 条例にみる制定・運用(代執行等)・効果と政策法務』(平成24年、地域科学研究会)138頁を参照。)

属する⁽⁸⁾が、土地についても、そのまま放置というわけにいかず、維持管理のコストがかかる場合があるのである。

所有し続けるのにかかるコストを上回る利益が土地所有から得られるのであればよいが、そうでない場合は、タダでもいいから土地を手放したい、となる。そうした土地の所有者は、なにを考えるか。

まずは、市町村への寄付を試みるようである。しかし、たまたま道路用地であったとか、公園に隣接していて公園の拡張に使えるとかなどであれば別だが、そのように行政目的があるのでない限りは、寄付を受けてもらえないのが実状のようである⁽⁹⁾。国への寄付も同様で、すでに財務省のウェブサイトには「国に土地等を寄付したいと考えていますが、可能でしょうか」というQ&Aが掲載されていて、行政目的がない限り寄付を受けないことなどが回答されている⁽¹⁰⁾。

寄付を受けてもらえないのなら、ということで、所有者のなかには、賦課されてきた固定資産税を滞納して、市に差し押さえてもらおう、召し上げてもらおうと考える者もいるようである。しかし、固定資産税が滞納されたからといって、当該不動産から差し押さえるという原則があるわけではないので、これは、意味がない。

⁽⁸⁾ 空家等対策の推進に関する特別措置法（平成26年法律第127号）がこのほど施行された。

⁽⁹⁾ 前掲注(4)「土地の『所有者不明化』」41～42頁は、自治体に対するアンケート調査の結果から、土地の寄付希望の実態や、自治体が寄付を受けるのは、道路用地など公共的な利用見込みのあるごく一部の事例に限られている現状を明らかにする。

⁽¹⁰⁾ https://www.mof.go.jp/faq/national_property/08ab.htm 地方自治体でも、新潟市(<https://www.city.niigata.lg.jp/shisei/zaisan/shiyutikatsuyou/tochi/kifu.html>)、宇都宮市(<http://www.city.utsunomiya.tochigi.jp/kurashi/machi/tochi/1005687.html>)、大阪市(<http://www.city.osaka.lg.jp/keiyakukanzai/page/0000006717.html>)のように、ウェブサイトにも不動産の寄付について記載しているところがある。平成28年5月に筆者がある市に電話で尋ねたところ、ここ数年、土地を寄付したいという申し出が急増しているので、寄付受入れの基準をあらかじめ示すことで問い合わせを減らそうという趣旨でウェブサイトに記載した、とのことであった。

一定程度、有効なこととして、隣地の所有者に引き取ってもらう、というのがあるようである。たとえば、狭くてそれだけでは使いようのない土地でも、地続きのお隣さんなら、庭が少し広がるなどで引き取ってもらえる、ということは、あり得る。ただ、これも、お隣さんから要らないといわれたら、それまでだし、お隣さんが何人もいるわけではないので、引き取ってもらえないかと話しを持っていく先にも、おのずと限りがある。

そこで問題となってくるのが、所有権放棄である。土地について所有権を放棄することはできるのか。これができるのであれば、価値が感じられず要らない土地は、所有し続けるのにもコストがかかる以上、所有者がその所有権を放棄してくるであろう——いわば粗大ゴミを捨てるのと同じように——。そうであるならば、少なくとも、放置されて所有者が不明になるということは、起きにくくなっていくのではないか⁽¹¹⁾——そのように所有権放棄されてくる事態が望ましいかどうかは別としても——。

2 一般論としては、放棄できる？

土地について所有権を放棄することはできるのか⁽¹²⁾。

⁽¹¹⁾ もちろん、所有権放棄が可能であるからといって、所有者が不明化する土地が劇的に減少する、ということではなからう。たとえば先祖伝来の土地であって、——所有し続けることが負担に感じられても——さすがに放棄してしまうことには躊躇されるとか、相続により共有となっていて自分の意向だけでは放棄できないとかで、所有権放棄がかりに可能であっても、所有権放棄されるわけでもなく、かといって、管理や、(相続が生じた場合に)相続登記がきちんとされるわけでもない、という事例は、なお大いにありそうだからである。ただ、現状、土地について所有権放棄が(少なくとも円滑には)できる、という仕組みにはなっておらず(このあと4でみる)、このことが土地が利用も管理もされずに、放置されることの一因となり、ひいては土地の所有者不明化を招いているのだとすれば、土地について所有権放棄の途を開いておくことは、所有者不明化の抑止に一定程度寄与し得るものと思われるのである。

⁽¹²⁾ いうまでもなく、刑罰を受けたり行政上の規制に服したりしないかどうか、ではなく、放棄が所有権を消滅せしめるかどうか(それとも、放棄には制約があって所有権消滅の効果は生じないのか)、という意味において

動産であれば、その所有者は、その物を自由に捨てることができる——もちろん捨て方のルールがあるときは、そのルールに従って捨てなければならないので、捨て方のルールに抵触しない限りは（あるいは、そうしたルールが用意されていないければ）、という限定付きではあるが⁽¹³⁾——。そして、実際に所有者がその物を捨てれば、所有権が放棄されたといつてよいだろう⁽¹⁴⁾。

不動産であっても、（土地でなく）建物であれば、建物は取り壊してしまえば目的物滅失により所有権が消滅する⁽¹⁵⁾ので、所有権放棄そのものではないにしても、所有権消滅という同様の効果を生ぜしめることができる⁽¹⁶⁾。したがって、建物につ

である。

⁽¹³⁾ 捨て方のルールに抵触する捨て方であったときに、——ルール抵触により刑罰を課せられるなど、一定の責任が生じ得る（廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和45年法律137号）は、16条において「何人も、みだりに廃棄物を捨ててはならない。」と規定し、25条14号において、違反者は5年以下の懲役若しくは1千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科すると規定する。また、19条の4は、原状回復等を内容とする措置命令を規定する。）ことは当然としても——捨てたことの民事上の法律効果（所有権放棄による所有権消滅）まで否定されるのかは、一個の問題である。筆者としては、捨て方のルールに抵触するときでも、民事上の法律効果はそのまま生じているといつてよいと考えている。このことについては、このあと少し論じる（2（2）末尾）。

⁽¹⁴⁾ 所有権の放棄は、相手方のない単独行為であり、占有の放棄ないしその他の行為により放棄の意思が一般外部に表示されればよいとされる（さしあたり、舟橋諄一・徳本鎮編『新版注釈民法（6）物権（1）補訂版』（平成21年、有斐閣）783頁（179条の注釈、徳本鎮執筆））。もっとも、所有権放棄の法的性質については、よくよく考えてみると、はっきりしないところがある。このことについては、拙著「所有権放棄とはなんであるか—不動産所有権放棄の可否をめぐる議論の前提として」札幌学院法学32巻2号（平成28年）1～35頁を参照。

⁽¹⁵⁾ 物権は物に対する支配権なので、物が滅失すれば、物権も当然に消滅する（前掲注（14）『新版注釈民法（6）補訂版』782頁（179条の注釈、徳本執筆））。

⁽¹⁶⁾ 建物解体により生じた廃材等（建物の有形的変形物）に対する所有権は、残る（前掲注（14）『新版注釈民法（6）補訂版』782頁（179条の注釈、徳本執筆））が、動産に対する所有権であるから、物を廃棄することで所有権を消滅させることができる。解体や廃材廃棄には費用が発生するであろうが、普通に動産を捨てるときでも一定の費用が発生し得ることを考えれば、当然の負担といえよう。

いては、所有権放棄できるかどうかを論じる実益は、あまり大きくなさそうである。所有権放棄などということを経ずとも、建物を取り壊してしまえば、所有者としての地位を終了させることができるからである。

以上に対して、土地については、物理的に捨てることはできないし、建物のように取り壊すこともできないので、どうしても引き取り手が見付からない場合に、所有権放棄できるかどうかを考えておく必要がある。動産や建物であれば、処分費がかかるとしてもそれを払いさえすれば物理的に処分して、所有者としての地位を終わらせることができる。しかし、土地は、お金を出しても処分できない（所有者としての地位から脱することができない）ところに、難しさがある⁽¹⁷⁾。

（1）民法の条文

わが民法は、所有者のない不動産は国の所有に属するとする（239条2項）が、不動産について所有権の放棄が可能かどうか（すなわち、所有者のいる不動産について、その所有者が所有権を放棄することで無主の不動産とすることができるかどうか）は規定がなく、はっきりしないといわれる⁽¹⁸⁾。

⁽¹⁷⁾ 区分所有建物（マンション）も土地同様、難しさがある。建物とはいえ、他の区分所有者がいる以上、自分の意向だけで取り壊すことはできないからである。所有権放棄の可否を検討すべき実質的必要性は、土地以上に大きいかもしれない。区分所有建物では固定資産税だけでなく管理費等もかかってくるし、昭和30年代の第1次マンションブームからすでに半世紀を経て、今後、売却しようにも買い手のつかない高経年マンションが大量に発生するのではないか。区分所有建物における所有権放棄については、別稿を予定している。

⁽¹⁸⁾ 川島武宜・川井健編『新版注釈民法（7）物権（2）』（平成19年、有斐閣）379頁（239条の注釈、五十嵐清・瀬川信久執筆）。

物権変動のあり方についてわが民法の母法ともいべきフランス法でも、同様の状況のようである。フランスでの土地所有権放棄については、さしあたり、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』（平成26年、商事法務）668～687頁所収〔678～686頁〕を参照。小柳教授には、この問題について多数の論考があり、参考になる。直近であれば、「フラン

そもそも、わが民法では、不動産にかぎらず、およそ物一般について、所有権放棄できると明文で規定した条文がない⁽¹⁹⁾。明治23年の旧民法は、財産編42条5号において、「物ヲ處分スル能力アル所有者ノ任意ノ遺棄」により所有権は消滅すると規定していたが、現民法には引き継がれなかった。このことをもって、現民法の立法者は、所有権放棄できないものと考えた、とみるべきではなく、むしろ、物について所有権放棄できることは当然のことであって、あえて条文化されなかった、とみるのが素直であろう。

ただ、動産であれば、たしかにゴミ箱にポイして捨てることができる、所有権放棄できることは当然としても⁽²⁰⁾、こと、不動産についてはどうか。動産と同じように所有権放棄が可能なのかは、やはりよく見えないところがある。いずれにしても条文がないので、不動産について所有権を放棄することができるかどうかは、解釈に委ねられてい

ス法における土地所有権放棄の新判例：危険崖地所有権放棄に関する破毀院民事第三部2015年11月5日判決（判例集登載）獨協法学101号（平成28年）160～134頁がある（本稿でもこのあと**2（2）**や**3**でみる崖地崩壊の裁判例がフランスでもあったようで、その所有権放棄を論じたものである。）。

ちなみに、ドイツ法は土地所有権放棄の制度を民法に規定している（さしあたり、拙著「ドイツ法における土地所有権放棄の制度について」札幌学院法学30巻2号（平成26年）1～48頁を参照。）。

また、こうした独仏の法状況を参考にしての議論は、わが国でも古くからみられる（**2（3）**を参照。）

⁽¹⁹⁾ なお、一つの物を一人が所有する単独所有ではなく、共有物に対する持分権であれば、放棄が可能であることが条文上、前提とされていて、民法255条は、共有者の一人がその持分を放棄したときは、その持分は、他の共有者に帰属するとする。また、地役権の承役地の所有者に土地所有権の放棄を認める民法287条もある（承役地所有者に負担を免れる途を開く趣旨である。）が、そこでは、放棄といっても、承役地の所有権を地役権者に無償で移転することを内容とするものであって、単なる放棄ではない（相対的放棄と呼ばれ、物を無主とする絶対的放棄とは区別される。）。

⁽²⁰⁾ ただし、占有を放棄すれば（ゴミ箱にポイすれば）必ずや所有権を放棄したことになるのか、逆に、所有権放棄には占有放棄が必須か、また、物について所有権を放棄する権限の由縁をどこにみるのか——所有権放棄は民法206条にいう「処分」なのか——等々は、それなりに問題である。これらについては、拙稿・前掲注（14）札幌学院法学32巻2号1～35頁を参照。

るといわざるを得ない。

ところで、所有権放棄できるとしたら、そのあと、どうなるのか。すなわち、所有権放棄されて、所有者がいない状態（無主）となったあとの取り扱いである。動産であれば無主物先占が認められている（民法239条1項）ので、その物を欲しい人が、所有の意思をもって占有し始めることで、その人の物となる（たとえば、ゴミ箱をあさって、いいものを見つけたら、その人の物になる、といった具合である。）。しかし、不動産については、このような私人の早い者勝ちは認められておらず、「所有者のない不動産は、国庫に帰属する」（同条2項）ので、所有権放棄されて無主となった不動産は、即座に国のものとなり、私人が無主物先占する余地はない。

不動産について私人の無主物先占が認められず、国とされた趣旨として、『新版注釈民法』は、民法の起草委員の一人である梅謙次郎博士の著書など古い文献を援用しつつ、①「不動産の先占を認めると、腕力で先占を争うにいたり、安寧を害すること」、②「国家の基礎である不動産はなるべく国とすることが政策上望ましいこと」が挙げられるとする⁽²¹⁾。

このことの趣旨については、たしかに古い文献が比較的詳しく論じているので、それらを若干、紐解いてみよう。まず、梅博士は、明治29年に著書『民法要義』のなかで、以下のように述べる。少々長文になるが、原文を引用しておこう（原文の旧字体、カタカナを改め、句点を付してある。）。

「社会の尚ほ幼稚なる時代に在りては大抵何れの国に於ても不動産をも先占に因りて取得することを得るものとせしか如し。蓋し未墾の土地多くして無主の不動産に富める時代に在りては動産と不動産とを分つる理なきか故に先占に因りて不動産をも取得することを得たるは亦怪むに足らず。然りと雖も社会の漸く開明に赴くに従ひ大抵の土地は皆已に開墾せられ従て無主

⁽²¹⁾ 前掲注（18）『新版注釈民法（7）』379頁（239条の注釈、五十嵐・瀬川執筆）。

の不動産極めて稀なるに至りては若し先占に因りて不動産をも取得することを得るものとせば、為めに争鬭を惹起し大に安寧を害するの虞あり。何となれば不動産は動産に異なりて現実の占有を為すこと極めて難し。故に甲か一旦占有したる不動産をは乙か腕力に訴へて之を奪取り而も己れ先占者なりと云ふも往往にして之を証明すること難く、竟に腕力を以て腕力に報い底止する所を知らざるに至るの虞あればなり。故に文明国の法律に於ては大抵本条第二項に於けるか如く無主の不動産は一に之を国庫の所有に帰せしむるを例とす。但し此規定は尚ほ他の理由を以て之を説明することを得へし。例へば不動産は国の基礎なるか故に無主の不動産は力めて之を国庫に帰せしめ、国庫より更に適當なる人に之を付与して其開墾其他の事業に従事せしむるを利ありとすと云ふことを得へし。」⁽²²⁾

①について梅博士は、未開拓の土地が多く無主の不動産がたくさんあった未開社会と異なり、今は無主の不動産は極めてまれであること(①-1)、動産と違って不動産は、現実占有することが難しいので、誰が先に占有したのかの証明が難しく、腕力で奪取し合うおそれがあること(①-2)をいって、争乱を惹き起こし安寧を害するおそれがあるというものである。梅博士以外の古い文献でも、これらの趣旨をいうものは多い⁽²³⁾。さらに、

⁽²²⁾ 梅謙次郎『民法要義 卷之二物權篇』(明治29年、和佛法律學校・明法堂)143~144頁。

⁽²³⁾ 富井政章『民法原論 第二卷物權上』(明治39年、有斐閣書房)125頁(①-2)、松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎(合著・穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閱)『帝國民法正解 第四卷』(明治29年、日本法律學校)595~596頁(①-2)、596~597頁(①-1:まれなので個人の利益を害しない)、小池隆一『日本物權法論』(昭和7年、清水書店)153頁(①-2)、中島玉吉『民法釋義 卷之二上 物權篇上』(大正3年、金刺芳流堂)380~381頁(①-1、①-2)、沼義雄『物權法(綜合日本民法論別卷第二)』(昭和15年、巖松堂書店)190頁(①-2)、三瀨信三『物權法提要 第一冊 物權總論 所有權』(大正5年、有斐閣書房)91頁(①-1、①-2)、山下博章『物權法論 上卷』(昭和2年、文精社)388頁(①-1、①-2)、遊佐慶夫『民法概論 物權篇 第一分冊』(大正8年、有斐閣書房)79頁(①-2)、横田秀雄『物權法』(明治38年、日本大學)244頁(①

不動産の価値は大きいので、無主物先占を許すと、先占の希望も強大で、争いになること(①-3)をいうものもある⁽²⁴⁾。

また、②について梅博士は、不動産は国家の基礎なので、なるべく国有にしたうえで、国から適當な人に付与し開墾其他の事業に従事させるのがよいとする。梅博士以外の古い文献でも、①に加えてこの趣旨をいうものは多い⁽²⁵⁾。なかには、土地は公法上、国の基礎たる領土を構成するので、国の領土内にある無主の土地は私法上も当然、国の所有とみるのが正当などとするものもみられる⁽²⁶⁾が、こうした公法と私法とを峻別しない説明は、領土主権と土地所有權とを同視した謬論である、と批判されている⁽²⁷⁾。

それでは、不動産について所有權を放棄することはできるのか。これを可とすると、民法239条2項の規定があるから、所有權放棄されて無主となった不動産は国の所有となる。所有權放棄されるような不動産は通常、無価値で、利益をもたらすどころか負担にしかならないであろうから、不

①-1)、吉田久『民法提要(物權)上冊』(昭和4年、巖松堂書店)119頁(①-1)。

⁽²⁴⁾ 岡松參太郎『註釋民法理由 中卷』(明治30年、有斐閣書房)196頁、小池・前掲注(23)『日本物權法論』153頁、西川一男『物權法(第一部)完』(大正6年頃、中央大學)251~252頁、沼・前掲注(23)『物權法』190頁、三瀨・前掲注(23)『物權法提要 第一冊』91頁、山下・前掲注(23)『物權法論 上卷』388頁、横田・前掲注(23)『物權法』244頁、吉田・前掲注(23)『民法提要(物權)上冊』119頁。

⁽²⁵⁾ 富井・前掲注(23)『民法原論 第二卷物權上』125頁、松波ほか・前掲注(23)『帝國民法正解 第四卷』595頁、岡松・前掲注(24)『註釋民法理由 中卷』196頁、小池・前掲注(23)『日本物權法論』153頁、西川・前掲注(24)『物權法(第一部)完』252頁。

⁽²⁶⁾ 横田秀雄『物權法 改版増補第6版』(明治42年、日本大學)343頁(すでに明治38年の初版でも、土地は国の基礎たる領土を構成するので、無主の土地は当然、国の所有とするのが正当とされていたが、公法上、私法上の話は用いられていなかった(横田・前掲注(23)『物權法』244頁))。他にも、沼・前掲注(23)『物權法』190頁、三瀨・前掲注(23)『物權法提要 第一冊』91頁が、土地は国の領土であることをいう。

⁽²⁷⁾ 松岡義正『民法論 物權法』(昭和5年、清水書店)499~500頁。

動産所有権放棄の可否の問題は、そうした負の財産を、所有権放棄を通じて国に引き取らせることが可能か、という問いでもある。

(2) 裁判例

不動産について所有権放棄できるかどうか、まさしくそのことを論じた裁判例は、——筆者に見落としがなければであるが——見当たらない。ただ、一定程度、参考になりそうな裁判例が2つあるので、下級審ではあるが、以下にみておこう。

一つは、大阪高裁昭和58年1月28日判決⁽²⁸⁾である。これは、琵琶湖の湖畔のある土地について、国が登記名義人に対し登記の抹消などを求めたという事案で、国は、その理由として、この土地については所有権が放棄されたので、民法239条2項により国が所有者であると主張した。原審の大津地裁昭和53年1月23日判決⁽²⁹⁾は国のこの主張を容れ、所有権放棄があったとして国の請求を認容していたが、大阪高裁は、所有者は本件土地を放置しているにすぎず、「みずから積極的にその所有権を放棄したものは明示・黙示を問わず到底認め難い」として、国の請求をしりぞけた。

この事案で注目されるべきは、国が、土地につき私人の所有権放棄があったと主張して、みずからへの所有権帰属を主張した、ということである。つまり、土地の所有権放棄は可能で、放棄されれば国のものになる、と国自身考えていた、といえるわけである。裁判所にしても、土地所有権の放棄があったかどうかの事実認定を論じたのであるから、土地所有権放棄は可能であることを前提としていた、といえなくもない。もっとも、国が、価値ある不動産について自己への所有権帰属を主張したという事案であったこともあり、不動産所有権放棄の可否という問題の存在が意識されることなしに、土地所有権の放棄があったかどうかの

事実認定だけがされたものというべきかもしれない。

もう一つは、東京高裁昭和51年4月28日判決⁽³⁰⁾である。これは、傾斜地が台風にもなう風雨で崩壊し、土砂が隣接地に堆積したという事案で、隣接地の住民には死者も出たが、崩壊した傾斜地は、土地区画整理にもなう仮換地であり、その使用収益権者である被告は、この土地が仮換地として自分に指定されたことを知らず、判決は、被告には隣接地の住民に被害を及ぼすことの予見義務はなかったとして、不法行為による損害賠償義務を否定する。その一方で、判決は、土砂の撤去請求は認容する。被告は、この傾斜地（仮換地）の従前の土地に対する所有権を事件後に放棄したので、妨害排除義務を免れると主張していたが、判決は、以下のように述べて、この主張をしりぞける。

「およそ権利の放棄は、これにより第三者の権利を害する場合には許されないか、放棄しても当該第三者の権利には影響を及ぼさないものと解すべきである（民法二六八条一項、第三九八条、民訴法第五九八条第一項等の趣旨参照）。本件において、被告は土砂を撤去すべき妨害排除義務を負い、「その侵害状態発生後において従前の土地の所有権、したがって仮換地の使用収益権を放棄すれば、原告「は妨害排除を求める相手方を失うことになり、その権利を害することは明らかであるから、」被告「の権利放棄の主張は理由がない。」

この事案は、仮換地の従前の土地の所有権放棄による仮換地の使用収益権放棄についてのものだが、判決によれば、仮換地に対する使用収益権は所有権と同一内容であるとして同列に論じられているので、この点の特殊性は無視してよからう。そのうえで、判決が、権利放棄したので妨害排除義務をもちや負わないとの被告の主張をしりぞけたのは、結論的には妥当と思われる。

⁽²⁸⁾ 高民集36巻1号1頁、訟務月報29巻8号1489頁、判タ506号101頁（確定）。

⁽²⁹⁾ 下民集29巻1~4号1頁、訟務月報24巻3号425頁。

⁽³⁰⁾ 判時820号67頁、判タ340号172頁（確定）。

そこで判決が用いた論理は、権利放棄により第三者の権利を害することはできない、というものである。物権法の概説書でもそうした記述は普通にみることができるが、これは、もともと、存続期間の定めのない地上権の放棄について予告なしに地代支払いを求める民法 268 条 1 項や、抵当権の目的である地上権や永小作権を放棄しても抵当権者に対抗できないとする民法 398 条などに現れている考え方で、物権が放棄によりそのまま消滅してしまうと、当該物権の存続を前提に存在していた他人の権利ないし利益が失われてしまうので、放棄には制約がある、というものである⁽³¹⁾。本件の事例にあてはめると、原告の被告に対する妨害排除請求は、被告に使用収益権があることを基礎としてのみ成り立つものなので、被告の権利放棄の主張を認めてしまうと、たしかに判決がいうように、原告は妨害排除を求める相手方を失ってしまう。厳密に言えば、目的物を不動産とみるときは⁽³²⁾、所有権放棄されても即時に国が所有者となるから、国に対して妨害排除請求すればいいわけで、妨害排除を求める相手方が失われるわけではない。しかし、もし目的物が動産であったなら、無主となって、妨害排除を求める相手方がいなくなってしまうので、そうした動産の場合との対比でいえば、判決がいうことにも、それなりに一理あるかもしれない。

とはいえ、権利放棄により第三者の権利を害することはできない、との論理は、前述したように、もともとは、権利放棄を認めると、その権利の存在を前提として存在していた他人の権利ないし利

益が失われてしまうから、ということであって、今回の場面にこのことがあてはまるかという、違和感がある。今回の場面の問題性は、権利放棄によって、権利とともに存在していた義務なり責任なり負担なり（本件では、土砂を撤去すべき妨害排除義務）と一緒に消滅するというところにあるのかということにあり、問題の中味を異にするからである⁽³³⁾。

このことを措くとしても、放棄により第三者の権利を害することはできない、ということの意味も一つ問題である。今回は仮換地の使用収益権の放棄であったが、話しを単純化するため、かりに土地所有権そのものの放棄であったとして、今回の場合は（１）土地所有権を放棄できない、つまり所有権は残り、引き続き所有者であるということなのか、（２）土地所有権は放棄できるが、つまり所有者ではなくなるが、被害者のために土砂を撤去すべき責任は消えない、ということなのか。見方として、この両方の可能性がある。このことは判決自身も気付いていたようで、「およそ権利の放棄は、これにより第三者の権利を害する場合には許されないか、放棄しても当該第三者の権利には影響を及ぼさない」という、（１）とも（２）ともいい得るどっちつかずの言い方をしている。筆者としては、所有権放棄の効力、つまり所有者でなくなったということまで否定する必要はないので、（１）ではなく、（２）のようにみるのが正しい、つまり、いったん発生した妨害除去義務は、所有者ではなくなったが、残る、被告は、もはや所有者ではないけれども、自分が所有者であった時代に既に発生していた妨害除去義務は負い続ける、いったん発生した妨害除去義務からは逃れら

⁽³¹⁾ 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法（9）物権（4）』（平成 10 年、有斐閣）660 頁（398 条の注釈、柚木馨・小脇一海執筆）、林良平『物権法』（昭和 26 年、有斐閣）40 頁、柚木馨『判例物権法総論』（昭和 9 年、厳松堂書店）41～42 頁を参照。

⁽³²⁾ 撤去されるべき土砂は、土地からすでに分離した以上、動産とみるべきかもしれないが、被告が放棄したのは土地（不動産）であり、また、土砂は、土地からすでに分離しているものの、なお、土地の一部とみることも不可能ではなからう。この点、判決が、撤去されるべき土砂を不動産とみているのか動産とみているのかは、明らかでない。

⁽³³⁾ 窪田充見「演習 民法 2」法学教室 211 号（平成 10 年）153 頁、同『不法行為法（民法を学ぶ）』（平成 19 年、有斐閣）224 頁は、A が「所有権を放棄します」との張り紙をして離れた家屋から瓦が落下して通行人 B が負傷したという事例を論じて、他人の利益を害する所有権放棄は認められないことをいう民法 268 条 1 項や同 398 条は、「すでに何らかの形で当該権利の存続に利害関係を有する当事者（目的物の所有者や抵当権者）を保護する規定である」ので、これらの条文をてがかりに B の保護を図ることは困難であるとする。

れない、とみるのが正しいように思う。

この点、——話しが横道に逸れているが——なお今少し敷衍しよう。すなわち、筆者のような(2)の立場に対しては、(1)物が妨害なり危険なりをすでに生ぜしめている場合の所有権放棄は、端的に無効といえいいではないか、と反論されそうである。しかし、いま見ているのが不動産の事例なので、状況が少々わかりづらいのだが、かりに物が不動産でなく動産であったなら、どうか。たとえば、さんざん乗り回して不具合だらけの要らなくなった自転車を、他人の土地に適当に乗り捨てたという事例を考えてみよう。筆者としては、その自転車は無主となり、その土地の所有者なりそれ以外の第三者なりが所有の意思をもって占有すれば、その者は、無主物先占によりその自転車の新所有者となる(民法239条1項)、といてよいと考えている。自治体のゴミ出しのルールに従わない自転車の捨て方ではあろうが、民事上、所有権放棄による所有権消滅の効果は生じ、無主物となっている、というべきだからである。これを(1)所有権放棄自体が無効といってしまうと、無主物ではないので、無主物先占もできなくなる。そこまで言う必要はないだろう、奇抜な人がいて修理して使いたい、欲しいという場合もなくはないので、無主物先占を可能にしておくべきだろう、と思うのである。

もちろん、所有権放棄により所有者でなくなっても、自分の所有物(乗り捨てた瞬間は、まだ自分の自転車である。)が、乗り捨てた先の土地の所有者による所有権支配を妨害した事実は消えないので、(2)この妨害を除去すべき(自転車を取り除けるべき)責任は、(もはや所有者ではないにしても)残る。この点、わが国の学説は、(1)不法投棄による所有権放棄を公序良俗違反とみて所有権放棄の効力までも否定するのが主流のようである⁽³⁴⁾が、そこまでいう必要はないと思うので

ある⁽³⁵⁾。権利を放棄できることと「権利者たる地位に基づく責任」⁽³⁶⁾とは切り離して考えてよいのではないか。

ここでは、要らなくなった自転車を自分で、他

るが、廃棄物等の不法投棄は公序良俗違反により無効であるとする。また、加藤雅信『新民法大系Ⅱ 物権法 第2版』(平成17年、有斐閣)208頁も、土地工作物責任(民法717条)を免れるために危険な土地工作物の所有権を放棄する意思表示、また動産についても、産業廃棄物等の所有権放棄は、公序良俗違反であるとする(同「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」—」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代 星野英一先生追悼』(平成27年、有斐閣)316頁注21も同旨。)し、松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法 第2版(弘文堂 NOMIKA)』(平成20年、弘文堂)128頁も、産業廃棄物やその他迷惑物の不法投棄は公序良俗違反として所有権放棄自体を無効と解することができるとする。

⁽³⁵⁾ 不法投棄ではなく、大雨で石垣が隣地に崩壊した場合における土地所有者の妨害排除義務と石の所有権放棄をめぐるものではあるが、石田喜久夫「物権的請求権について」法曹時報36巻6号(昭和59年)16頁(同『物権法拾遺(民法研究第6巻)』(昭和61年、成文堂)15頁所収)は、所有権放棄を認めないのは行き過ぎで、放棄の効果も認めつつも除去費用の賠償義務を認めるべきであるとする。前掲注(14)『新版注釈民法(6) 補訂版』201頁(物権編序説Ⅳ、好美清光執筆)が、自然力により隣地に落ちた土砂の所有権放棄は、それ自体、権利濫用として認められないとする説もあるが、そこまでいわずとも、妨害物の所有権を放棄しても信義則上、除去義務を免れないと解すれば足りるのではないかとし、また、鷹巢信孝「所有権に基づく妨害排除請求権—財産法における権利の構造(二)—」佐賀大学経済論集21巻3号(昭和63年)152~153頁(同『所有権と占有権』(平成15年、成文堂)101頁所収)が、自分の所有物が他人の土地を占拠している状態での所有権放棄は、被妨害者に対しては主張できず、既発生の妨害排除義務は残るとする(放棄でなく譲渡の場合も同様とする(佐賀大学経済論集21巻3号168~169頁(所収書116~117頁。))のも同趣旨か。

⁽³⁶⁾ 窪田・前掲注(33)法学教室211号153頁、同・前掲注(33)『不法行為法』225~226頁は、「権利である所有権は放棄が可能であるというひとつの命題をもって、そうした法的義務をも伴う法的地位自体の放棄が可能であり、それによってすべての責任の免除が正当化されるという理解自体が適切ではない」とする。沖野眞巳「所有権放棄の限界—「財団放棄」をめぐる議論の整理のために(基調講演) (特集 破産手続における放棄に関わる諸問題(全国倒産処理弁護士ネットワーク第14回全国大会〔福岡〕)」事業再生と債権管理151号(平成28年)9~10頁も、所有権を放棄しても、所有者責任は当然には免れないとする構成の可能性(「所有と責任の分離の可能性)」をいう。

⁽³⁴⁾ たとえば、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』(平成26年、商事法務)22頁は、価値を認める者が現れないような「絶対的負財」に限ってではあ

人の土地に乗り捨てたという、それ自体、当該他人の所有権を侵害する不法行為に該当する事例を前提に論じた。そうした事例であれば、(自分がそうやって捨てた以上、)自転車を取り除けるべき妨害除去義務が、——不法行為の効果として(金銭賠償義務ではなく)原状回復義務をいうかどうかは別として——行為責任として導かれることには異論なからう。しかし、自分で乗り捨てたというそうした事例でなく、たとえば、自分の自転車が盗まれて乗り潰され、人の土地に放置されて(乗り捨てられて)、その土地の所有者から取り除けを求められたときに、もう壊れた自転車だから要らないということで所有権放棄した、というような、所有者自身の行為責任をいうことができない(乗り捨てるという行為をしたのは盗人であって、所有者が自分で乗り捨てたわけではない)事例でも、同じようにみることができる。すなわち、所有権放棄により所有者でなくなることは可能だが、自転車を取り除けるべき責任を免れることはできない。なぜなら、自分の所有物である自転車が、自分の所有物である時代に、妨害を生ぜしめたからである(自分が自分の行為によって妨害したわけではないが、自分の所有物が妨害を生ぜしめたことには変わりない)。

この東京高裁昭和 51 年判決の事案もそうである。隣接地に対する妨害(土地の崩壊による土砂の隣接地への堆積)について、被告に、なにかしらの行為なり過失なりがあったわけではない。しかし、土砂が妨害を発生せしめた時点でその土砂(を含む土地)に対する権利者であった以上、被告は、その後、権利放棄しても、いったん負った妨害除去義務は消えないのである。このことさえ言えるのであれば、なにも(1)所有権放棄を無効とまでいう必要はないのではないか。

話しをもとに戻そう。いずれにしても、以上 2 つの裁判例からは、裁判所は、少なくとも一般論としては、およそ不動産所有権は放棄できない、などとは考えていないことがみてとれる。

(3) 学説

学説はどうか。学説でも、不動産所有権の放棄そのものを認めない立場は一般的ではない。古くには、明治 37 年に、土地所有権も一般の原則に基づいて意思表示だけで放棄できるとするもの⁽³⁷⁾、大正 14 年には、土地所有権であっても明示または黙示に放棄することができるとする法曹會決議がみられる⁽³⁸⁾。昭和 2 年にも、不動産所有権の放棄は登記の方法がないから許されないとするのは正しくなく、登記の方法がないことを理由に物権変動を否定するのは本末転倒である、また、不動産所有権の放棄は租税(地租、家屋税)支払義務を免れる結果となるから許されないとするのも本末転倒で、地租や家屋税は、土地・家屋の所有権を有するがゆえに、それによる利益の一部を徴収するものに過ぎず、これらの租税を徴収するために所有権が認められているのではないとするもの⁽³⁹⁾がみられ、戦後も昭和 27 年に、フランス法が土地所有者が過重な地租その他の負担を免れ得るための手段を講じていることを考察したあと、わが民法の解釈としても、過重な負担を負う土地所有者の救済を図り得る解釈をしなければならないであろうとするもの⁽⁴⁰⁾、昭和 37 年には、ドイツ民法が不動産物権放棄の方法を規定するのと異なり、わが民法には規定はないが、同じように解釈してよからう、放棄の意思表示をしてそれを理由に登記すればよく、そうすれば、無主の不動産として

⁽³⁷⁾ 牧野英一「土地ノ所有權ハ如何ニシテ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ(民 1492、質疑者 宮本省吾)」法典質疑録 7 卷 4 号(明治 37 年) 121 頁。

⁽³⁸⁾ 「土地所有權ノ拋棄ニ關スル件(大正 14 年 2 月 18 日法曹會決議)」法曹會雜誌 3 卷 4 号(大正 14 年) 92 ~ 93 頁。

⁽³⁹⁾ 山下・前掲注(23)『物權法論 上卷』442 頁註。

⁽⁴⁰⁾ 鈴木祿彌「フランス法における不動産委棄の制度」民商法雜誌 27 卷 6 号(昭和 27 年) 12 頁。ただし、まずは民法 287 条の拡張適用による解決を追求すべきであり、それがかなわない場合にも、放棄の要件、手続、効果については、ドイツ法の絶対的放棄ではなく、フランス法の移轉的放棄ないし委棄を参考にすべきであるとする。ドイツ法では無主の不動産を国庫が当然に取得するのではない(国庫には先占権があるだけ)のに対し、フランス法はわが民法と同様、直ちに国有となるなど、フランス法がわが民法と事情を同じくするためである。

国庫に帰属するとするもの⁽⁴¹⁾がみられた。近年では、わが国で現行法上、不動産所有権の放棄をまったく不可とすることは解釈上困難であるとするもの⁽⁴²⁾が平成24年に現れ、物権法の概説書でも、所有権放棄された不動産は民法239条2項により国の所有となるとする記述が普通にみられる⁽⁴³⁾。

もっとも、その一方で、すでに昭和54年に、不動産を無主物とするような（したがって、国に所有権を帰属せしめることになる）放棄を認める必要はないとするもの⁽⁴⁴⁾がみられ、また、最近にも、誰も価値を認めず引き取らないような不動産（絶対的負財）については、という限定付きで、放棄できないとするもの⁽⁴⁵⁾が平成26年に、また、土地所有権放棄は簡単に認めていいとはならない（経済がいいときは土地から利益を得ておいて、経済が悪くなると、売れないとか責任を負いたくないとか固定資産税が重いかで、放棄して国に引き取らせようというのは虫がいいとの批判も念頭に置かねばならない）、「放棄して投げ出す」、「国が引き取れ」、「所有権の保存の登記は抹消する」というのは乱暴な話して、放棄でなく相談のうえ

での寄付を原因とする制度を整備するのがよいとするもの⁽⁴⁶⁾が平成28年に現れている。

このように一部には、不動産所有権放棄を認めることに（部分的にはあれ）疑問を呈するものがみられる⁽⁴⁷⁾ものの、不動産所有権の放棄は、一般論としては許される、というのが多数説といってよいだろう⁽⁴⁸⁾。

それでは、不動産所有権の放棄は、どのような状況では許されないのか（逆に、どのような要件のもとで許されるのか）（→3）、また、実際どのように手続きするのか（→4）。

3 放棄できない場合？

所有権放棄も一個の法律行為である以上、権利濫用とか公序良俗違反とかで、無効とされることは、もちろんあり得る。

2(2)にみた東京高裁昭和51年判決は、傾斜地が崩壊した事例で、「およそ権利の放棄は、これにより第三者の権利を害する場合には許されないか、放棄しても当該第三者の権利には影響を及ぼさない」という意味深な言い方をしていたが、同じような土地崩壊の危険がある事例で、昭和41年の法務省民事局長回答は、この場合は土地所有権を放棄できないと明言する。これは、ある神社所有の崖地が崩壊寸前で、補修に多額の費用が見込まれるところ、神社は、これを負担する資力がないため、所有権を放棄して国に帰属せしめ、国の資力によって危険防止を図ろうと考えて、神社本庁から、土地所有権の放棄は所有者から一方的にできるか、所有権放棄が可能であれば、登記の手続きはどのようにするかが照会されたのに対し、「所問の場合は、所有権の放棄はできない」と回答されたものである（その理由は示されていない。）

⁽⁴¹⁾ 我妻栄「民法案内 民法の道しるべ 36 物権編 19」法学セミナー73号（1962年4月号）（昭和37年）31頁（同著・幾代通・川井健補訂『民法案内3 物権法 上』（平成18年、勁草書房）257頁所収）。

⁽⁴²⁾ 藤巻梓「不動産所有権とその共有持分の放棄—ドイツにおける2007年の二つのBGH決定を題材にして」静岡大学法政研究16巻1~4号（平成24年）73頁。ただし、不動産には多くの公法上の負担が設定され、また、放棄が公租公課の負担や無価値となった土地工作物についての責任を免れるためにされる可能性を考えると、不動産所有権の放棄の諾否はなお問題であり、今後、要件や手続の検討が必要であるなどとする。

⁽⁴³⁾ 川井健『民法概論2 物権 第2版』（平成17年、有斐閣）25頁、加藤・前掲注（34）『新民法大系II 物権法 第2版』208頁、河上正二『物権法講義』（平成24年、日本評論社）182頁など。

⁽⁴⁴⁾ 広中俊雄『物権法 上巻（現代法律学全集6）』（昭和54年、青林書院新社）134頁。

⁽⁴⁵⁾ 吉田・前掲注（34）「財の多様化と民法学の課題—鳥瞰的整理の試み」『財の多様化と民法学』23頁注47。もっとも、そのような不動産について事実上の放棄が長期間継続するときは、地方自治体または国が、最終的にそれを引き取るという判断をせざるをえないだろうともいう。

⁽⁴⁶⁾ 山野目章夫「表示に関する登記の課題と展望」登記研究821号（平成28年）52、59頁。

⁽⁴⁷⁾ そのほか、林・前掲注（31）『物権法』124頁も、不動産所有者が所有権を放棄できるかは疑問があるとする。

⁽⁴⁸⁾ もちろん、国が放棄することはできない（石田文次郎『物権法論』（昭和7年、有斐閣）397頁、沼義雄『総合日本民法論（3）』（昭和8年、巖松堂書店）550頁）。

⁽⁴⁹⁾。物権法の概説書などにも、この事例でのような危険な土地工作物の所有権放棄は、公序良俗違反ないし権利濫用であるとする記述がみられる⁽⁵⁰⁾。

筆者としては、**2 (2)** 末尾で述べたように、物が妨害なり危険なりをすでに生ぜしめている場合でも、所有権放棄の効力まで否定する必要はなく、所有権放棄によりもはや所有者ではなくなる、といってよいと考えている。ただ、すでに妨害なり危険なりが生じてしまっている以上、そのあとに所有権放棄しても、妨害なり危険なりを除去すべき責任は残る、いったん発生した妨害なり危険なりの除去責任は、所有者でなくなっても、免れない、ということである。

したがって、この昭和41年の法務省民事局長回答がなにゆえ、「所問の場合は、所有権の放棄はできない」としたのか、理由を示していないので不明だが、もし、これが公序良俗違反とか権利濫用とかで所有権放棄が無効、という趣旨であれば、それは正しくないと考える。

物を捨てたくなるような、所有権を放棄したくなるような場面で、物を捨てること、所有権を放棄することを認めないとする論調は、——よもや、捨てることそれ自体、所有権を放棄することそれ自体への否定的な評価が基礎にあるわけではなからう⁽⁵¹⁾が——**2 (2)** 末尾で述べたように、権

利を放棄できることの可否の問題と、権利者であることにともなって発生している責任や義務や費用等の負担から逃れることの可否の問題との切り分けをあまり意識していないように見受けられる。筆者自身も、所有権放棄が法律行為である以上、無効となる場合があり得ることを否定するものではない。しかし、そのような場合は多分に限定的であって、学説でも、物権の放棄が公序良俗違反であるときは放棄はまったく無効だが、そのような場合はまれだろうとするもの⁽⁵²⁾、固定資産税の負担を免れるためというだけでは公序良俗違反とはいえないとするもの⁽⁵³⁾がみられるところである。所有者たる地位にともなって存在する負担等から逃れるための方策としての所有権放棄に対しては、すでにみてきたように、これを無効と解することによってではなく、(所有権放棄を有効と解しつつ)別の論理でもって対抗されるべきであり、また、それが可能と思われるのである。

4 どのようにして放棄する？

不動産所有権の放棄が可能とされる場合に、実際、どのようにして放棄するのか。一般に、所有権の放棄は、相手方のない単独行為であり、占有の放棄ないしその他の行為により、放棄の意思が一般外部に表示されればよい、とされている⁽⁵⁴⁾。したがって、「要らない」などとただ一方的に意思表示すれば足りることになる⁽⁵⁵⁾が、不動産の場合は登記の問題がある。どのようにして登記する

⁽⁴⁹⁾ 「不動産（土地）の所有権放棄について（昭和41年8月27日付民事甲第1953号民事局長回答）」民事月報21巻11号（昭和41年）155～156頁。

⁽⁵⁰⁾ 我妻榮著・有泉亨補訂『新訂 物権法（民法講義Ⅱ）』（昭和58年、岩波書店）249頁、川井・前掲注（43）『民法概論2 物権 第2版』164頁、千葉恵美子ほか『民法2 物権 第2版補訂版（有斐閣アルマ）』（平成20年、有斐閣）62頁（藤原正則執筆）、加藤・前掲注（34）「急増する所有者不明の土地と、国土の有効利用」『日本民法学の新たな時代』316頁注21など。

⁽⁵¹⁾ およそ物を捨てる、所有権を放棄する、というのは、その物が要らないから、自分にとってその物を保有し続ける意味がもはやないから、捨てる、所有権を放棄するのであって、そのこと自体を否定的に評価すべきでないことは、——所有者には自由な処分権能が認められていること、権利は義務と違って放棄できることを引き合いに出すまでもなく——当然のことである。物を捨てる、所有権を放棄するという行為は、その実、負担や義務、

不利益の回避でしかない（保有し続けることに利益があるのであれば、捨てたり所有権を放棄したりはしない。）。そうした回避行為をけしからんと否定的に評価してしまふと、およそ物を捨てる、所有権を放棄するという行為自体を否定することになりかねない。要る物、使えそうな物を捨てるのは許されるが、要らない物、使えそうにない物を捨てるのは許されない、ということでは、捨てる意味がない。

⁽⁵²⁾ 柚木・前掲注（31）『判例物権法總論』42頁。

⁽⁵³⁾ 高見忠義「通達解説」登記先例解説集23巻3号（258号）（昭和58年）20、25～26頁など。

⁽⁵⁴⁾ 注（14）を参照。

⁽⁵⁵⁾ 異説として、高見・前掲注（53）登記先例解説集23巻3号23～24、27頁は、動産と異なり、不動産については、単独行為による所有権放棄はない（国への所有権移転には国の承諾を要する）とする。

か。

そのための手続を直接、規定した条文はないが、土地や建物の滅失の場合であれば不動産登記法に規定があるので、かつては、これに準じて、所有権放棄者だけで抹消登記の申請ができるとする立場が主張されたこともあった⁽⁵⁶⁾。しかし、**2(3)**に前出の大正14年法曹會決議は明確にこれを否定し⁽⁵⁷⁾、今では、所有権を取得することになる国との共同申請によると解されていて⁽⁵⁸⁾、登記実務も、昭和57年の法務省民事局第三課長回答が、所有権放棄者の単独申請によることはできないとする⁽⁵⁹⁾。

ということは、所有権を放棄しても、国の協力が得られないときは、所有権放棄を登記できない、つまり、自分が所有者でなくなったと登記することはできない、登記簿上は、自分が所有者であり続ける、ということになる。登記できない以上、所有権放棄してもその実質は得られないので、現状、不動産所有権の放棄は、登記の問題から事実上シャットアウトされていることになる。

もともと、国の協力が得られないのであれば、登記引取訴訟を提起して、国に登記名義を引き取らせる、という途があり得る。理論的には、所有権放棄により不動産は無主になっていて、民法239条2項により国がその所有権を当然に原始取得しているので、物権変動がたしかに生じている以上、登記引取請求は通る、ということに、筋論でいえばなりそうである⁽⁶⁰⁾。

⁽⁵⁶⁾ 中島・前掲注(23)『民法釋義 卷之二上 物権篇上』298～299頁。

⁽⁵⁷⁾ 前掲注(38)法曹會雜誌3卷4号92～93頁。

⁽⁵⁸⁾ 武石務「所有権の放棄について(相談事例アラカルト)」月刊登記情報37卷10号(431号)(平成9年)167～168頁など。名古屋高裁平成9年1月30日判決(行集48卷1・2号1頁)も、国の取得は移転登記によるべきであるとする(確定)。

⁽⁵⁹⁾ 高見・前掲注(53)登記先例解説集23卷3号17～18頁。

⁽⁶⁰⁾ 沖野・前掲注(36)事業再生と債権管理151号9頁も、所有権放棄が単独行為で可能であり、実体的に所有権が喪失されていて、そこに国庫帰属の規律(民法239条2項)が妥当するのであれば、という前提のもとではあるが、登記引取請求は考えられる手法であるとする。

とはいえ、実際に訴訟ということになると、——無主の不動産なので、当然に国の所有になるという部分は(条文でそうなっている以上)争われないが——そもそも無主なのか、つまり、所有権放棄が有効であって、無主となっているのかという部分は争われてきそうである。ほぼ例外なく、負担等から逃れるための所有権放棄であろうから、そこを捉えて、そうした所有権放棄は公序良俗違反などとして無効、と主張される可能性がある(筆者自身は、**3**に述べたように、そうした主張は正しくないと考えているが、実際の訴訟の場面でそのように主張されてくること自体は避けようがない)。このようにみえてくると、やはり、不動産について所有権を放棄して国に引き取らせる、というのは、現状、安定的なやり方とはいえない。

しかし、現状でも、不要な不動産を登記を含めて国に引き取らせる途がないわけではない。相続が開始するのを待てばよい。相続人全員が相続放棄して相続人不存在となれば、相続債務の弁済などを済ませたあと残余の相続財産は国庫に帰属する(民法959条)。これは国も受け入れざるを得ない。

もともと、実務的には、不動産のままで国に引き継がれることは少なく、相続財産の管理人が売却して(現金化して)、(債務弁済後、残余があれば

なお、下級審ではあるが、東京地裁平成26年11月11日判決(判時2251号68頁)は、共有不動産(土地)の一共有者が死亡し、相続人が不存在であったため、その共有持分が民法255条により他の共有者に帰属した事例において、相続財産の管理人から他共有者に対する登記引取請求を認める。

また、承役地の所有者は、地役権者の権利行使に必要な工作物の設置・修繕などの積極的義務を負うことがある(民法286条参照)が、その負担が過重であるときは、その一方的意思表示によって、承役地の所有権を放棄し、承役地を地役権者に帰属せしめ、こうした義務を免れることができる(民法287条)。この場面においても、承役地所有者は、地役権者に対し登記引取りを請求できると解されている(水本浩編著『民法Ⅱ(物権)(法学セミナー別冊90号 法学ガイド4)』(昭和63年、日本評論社)174頁(水本浩執筆)、石田穰『民法大系(2)物権法』(平成20年、信山社)479頁)。

ば)現金で国庫に(家庭裁判所に)納付するのが普通のものである。そうすると、やはり不動産は売却する(現金化する)ことが必要ということになりそうだが、これは、相続放棄者の手を離れたあと、相続財産の管理人が現金化するものであって、相続放棄者が現金化しなければならないわけではないし、また、相続財産の管理人において現金化できなければ、不動産のまま国庫に引き継がれることになる。

なお、不動産の国庫引継を担当するのは各地の財務局(財務事務所)だが、ちまたでは、物件を特定する必要から境界の確定、測量を求められて、その費用が捻出できなくて、財務局(財務事務所)に引き受けてもらえないこともあると聞く。しかし、筆者が平成29年1月に、財務省の担当部署(理財局国有財産業務課)に電話したところ、お願いベースで境界の確定、測量を求めているが、相続財産の管理人において相続財産からその費用を用意することができないときは、測量などを求めずにそのまま引き受けている、測量などがされていないことを理由に引き受け(国庫帰属)を拒否できるとする法的根拠はないので、との説明であった。各地の財務局(財務事務所)に筆者が電話して受けた説明も同様で、実際、不動産が不動産のまま測量なしに国庫に引き継がれた例は、全国的にそれなりの数がある。

とはいえ、相続財産の清算手続を進めて、不動産を国に引き取ってもらうためには、まずは相続財産の管理人を家庭裁判所で選任してもらう必要がある(民法952条1項)。これには予納金が必要で(数十万円から100万円程度といわれる。)、相続財産の管理人が選任されないままだと、相続財産の清算手続は進まず、また、相続放棄者の管理責任が残ってしまう(民法940条1項)。したがって、数十万円を払ってでも、その不動産を自分のもとから手放したい、と考えるかどうかの選択を、相続放棄者は迫られることになる⁽⁶¹⁾。

⁽⁶¹⁾相続放棄者がそこまでして相続財産の管理人の選任を求めてくることは、まれのようなが、例がないわけではない。筆者がたまたま知った事例に、古家(とその敷

また、相続開始を待って相続放棄する、というこのやり方は、相続放棄である以上、遺産のなかに相続したい財産があるときは、使えない手である。しかし、今でこそ、高齢者は金持ちだといわれるが、今後、見るべき資産のない高齢者が増えてくると、その相続人が相続放棄することへのハードルは下がってくるのではないかと⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾。

5 おわりに

いずれにしても、土地の所有権放棄は、以上にみてきたように、現状、登記の問題から事実上、シャットアウトされている。このことをどう評価するか。私人に自由に所有権放棄させたら、要らない土地ばかり国に来てしまって大変なことになるというのも、ある意味もつものなので、その意味では、現状のままでもいいという評価も十分あり得るだろう。しかし、それは、今の所有者に未来永劫ずっと、要らない土地を抱えさせることを意味する。それでいいか、と考えると、それはそれで問題があるように感じられる。

所有権放棄されるのは私人の私有財産である。しかし、私人が所有する土地も、日本の領土であり国の統治権が及んでいるわけで、**2(1)**でみたように、民法239条において、動産と異なり不動産には無主物先占が認められないことの一つの説明として、不動産は国家の基礎なので、無主の不動産はなるべく国有として、国から適当な人に

地)を相続した者が市役所からその適切な管理を求められ(敷地のブロック塀が倒れかかっていた。)、法律相談かなにかで、相続放棄者の管理責任(民法940条1項)のことを聞かされ、相続放棄しただけでは責任が残ると慌てて、相続を放棄するだけでなく、費用を自分で用意して、相続財産の管理人の選任を申し立てたというものがある(市役所から実際に、同項の管理責任を問われたわけではないようである。)

⁽⁶²⁾平成28年3月22日の日本経済新聞の記事によれば、要らない実家が相続放棄されて自治体が困っている例が、すでに実際に出てきているようである。

⁽⁶³⁾さらには、裏技的だが、被相続人が生前に、価値ある財産を相続人に贈与し、あるいは遺贈して、相続財産が不要な財産だけとなるように、あらかじめ準備しておき、そして、相続が開始すれば相続人は心置きなく相続放棄する、という手もありそうである。

これを付与して開墾その他の事業に従事させるのがよい、ということがあった。暴論とお叱りを受けるやもしれぬが、要らなくなった土地は国に返せるとみることは、できないだろうか。そんな、誰も要りもしないような土地を返されても、国は困るだろうが、しかし、国には、国土を保全し、土地の有効利用を図るべき責任がある、ということができないだろうか。かりに所有権放棄を認めなければ、それで、所有者たる私人がその土地をキチンと管理し、有効に活用することになるか、という、その者にとっては要りもしない土地なわけだから、期待し得べくもない。そうであるなら、要らない土地は国に集約し、国のもとで有効利用の途を探る方がまだマシとはいえないだろうか。使うアテもなく、引き取り手を見付けることもできず、要らないと言っている現所有者に、そのまま所有させ続けることは、無意味ではないか。

このように申すと、所有者である以上、最後まで責任をもつべきだ、とも批判されそうである。さんざんその物から利益を得てきたわけだから、最後まで面倒みるべきだ、と。それはそれでもつともだが、しかし、土地には、**2**の冒頭でも指摘したように、動産にはない特殊性がある。動産であれば、かりに大きな物であっても、お金を出して業者に頼んで処分してもらうことができる。お金さえ出せば、その要らなくなった迷惑な存在をこの世の中から抹殺することができる。したがって、動産であれば、最後はキチンと責任もって処分せよというのも当然である。しかし、土地は、そうはいかない。処分のしようがないのである、いくらお金を出しても。喩えは悪いが、トランプでいえばババ抜きのパパみたいなもので、だれか譲り受けて、新所有者になってくれる人が現れるまでは、ずっと自分が抱えていなければならない。動産であれば、処分にかかる費用さえ負担すれば、ババのカードを捨ててしまうことができる（譲り受けてくれる人がいなくても）。しかし、土地の場合は、だれか次の所有者になってくれる人が現れるまで、ババ抜きのパパのカードと同じく、ずっと自分が抱えていなければならない。そうしたこ

とは、筆者のみるところ、好ましくは思えないのである。所有者は最後まで責任をもて、といわれても、土地の場合は最後までではなくて、未来永劫なわけで、それはそれで酷なように感じられるのである⁽⁶⁴⁾。

筆者としては、土地の所有権放棄は、基本的に自由に認めてよい、と思う。したがって、現状、それが登記の問題で、事実上、自由には所有権放

⁽⁶⁴⁾ このようにみても、**2**の冒頭でも指摘したように、同じく不動産でも、土地と建物とでは事情が異なる。土地は、みてきたように、物理的に処分するすべがないが、建物は、お金さえ出せば処分することができる。それを、解体費惜しさに所有権放棄して国に帰属させる、というのは、いかがなものか。理論的にはどちらも不動産なので、土地について所有権放棄できるのであれば、建物も同じように所有権放棄できるというべきで、解釈論としては、土地について所有権放棄を認めるのであれば、建物についても所有権放棄できるといわざるを得ないであろう。したがって、建物の場合は、土地と違って所有権放棄に制約がある、とするのであれば、それは立法論として、今後の制度設計において、ということになるだろうが、筆者としては、建物所有権の放棄にはやはり制約がある、建物所有者には、しかるべく解体（廃棄）処理して、自分の建物の行く末を最後まで見届けるべき責任がある、とするのが正当なように思う。粗大ゴミを捨てる時に、手数料シールをコンビニで買って、捨てなければならないのと同じことである。お金さえ出せば捨てることができる、という意味では、建物は不動産ではあるが、動産、粗大ゴミと同じようにみるべきではないか。

また、土地については、さきに、要らなくなったら国に返せるという考え方をいったが、土地は、私有財産であると同時に国の領土であるという側面があった。しかし、建物はまったくもって私有財産でしかない。その意味でも、建物を、解体費用の負担なしに、ただ国に引き取らせる、ということには否定的にならざるを得ないのではないか。

もっとも、このように土地と建物とで扱いを異にすることには、問題がなくもない。更地であれば国に引き取ってもらえるが、建物が建ったままだと引き取ってもらえない、ということになるから、要らなくなった建物は取り壊して更地にする、というインセンティブが働くことになる。それでいいかどうかは、慎重に考えてみる必要があるかもしれない。たしかにわが国では更地が好まれる傾向があるが、建物をなんでもかんでも取り壊して、土地を更地にしてしまうのがいいかどうか。古くても上に建物が建っていればこそ土地に引き合いがある、という場合もあり得るわけで、たとえば、古家のまま倉庫に使うとか、古家をなにかの施設に再生利用する、といった可能性を、更地にしてしまうことで、奪ってしまうことにならないか。

棄できない、という状況は、正しくないように感じられる。そして、実体法上、土地について所有権放棄は基本的に自由であるべきであるとするのであれば、そうした実体法上の態度を不動産登記法上の手続においてもしかと受け止めて、必要な制度的手当てが施されるべきではないか⁽⁶⁵⁾。

土地の所有権放棄は、登記の問題から今は、事実上自由にすることはできない。しかし、今後、不要な土地について相続放棄が多くされるようになってきて、結局は国が引き取ることになる可能性がある。その意味でも、私人が要らなくなった土地を、国全体としてどう有効利用していくのか、そろそろ考え始めてもいい時期ではないだろうか。一個人では使い途がなくても、国（や地方自治体⁽⁶⁶⁾）のレベルなら、活用方が出てくる、ということもあり得るのではないか。

不動産について所有権放棄を認めることが躊躇されるのは、所有者が、所有者であることにともなって存在する義務なり責任なり負担なりから逃

れて、それらが国にまるまる転嫁されるのではないか、との懸念が基礎にある。

しかし、そのうち、固定資産税については、所有者でなくなれば固定資産税を負担すべきいわれはない。地方自治体の税収がその分、減少することにはなるが、それは、所有者でなくなるのだから当然のことであって、そのことを不当視して、地方自治体の税収確保のため、所有者であり続けよ、と求めることができる筋合いのものではない。

また、当該不動産が他者への妨害を生ぜしめているまたはその危険があるという場合に、所有者が妨害除去等につき（既に）負っている責任については、筆者は、すでにみてきたように、所有権を放棄しても（所有者でなくなっても）、（元）所有者はその責任を免れるものではないと考えている。

当該不動産が他者への妨害なりそうした危険なりをまだ生ぜしめていない状況で、所有権を放棄することについては、どうか。その不動産は国に、いわば押し付けられことにはなる。所有権を放棄されるのが不動産ではなくて、動産であれば、無主の動産となることで、その動産は（国ではないものの）世の中全体に押し付けられることになるけれども、動産を捨てること、その所有権を放棄することは、**2**の冒頭でも指摘したように、——捨てる方のルールに抵触しない限りは——自由に行うことが認められている。不動産についても、“捨てる”場合のルールを、粗大ゴミを捨てる場合におけるがごとくに整備したうえで（廃棄物処理法の不動産版？）、動産同様、“捨てる”ことができるようにすべきではないか^{(67) (68)}。そうすれば、

⁽⁶⁵⁾ 加藤・前掲注(34)「急増する所有者不明の土地と、国土の有効利用」『日本民法学の新たな時代』316頁注21も、公序良俗に違反しない所有権放棄が不動産について認められていないことにより、所有者不明の不動産の増加を招きかねないことを考えると、現在の、所有権放棄の登記を認めていない登記実務は、改められる必要があるとする。

もっとも、不動産登記の制度を改めるとして、どう改めるかは一個の問題で、所有権放棄は、土地や建物の滅失の場合と異なり、物がなくなるわけではない（物の物理的存在は残る）ので、土地や建物の滅失の場合にならなくて、ということにはならないであろう。

⁽⁶⁶⁾ 現状、所有権放棄によってであろうとなかろうと、とにかく所有者のいない（無主の）不動産は、国の所有とされる（民法239条2項）が、所有者のいない不動産を国ではなく、不動産の所在する地方自治体が取得することに改めることも一考の価値があるかもしれない。国の領土高権の考え方は矛盾するかもしれないが、再利用の可能性を追求するには、より近い位置にある地方自治体に取得させる方がより適切であろうからである。ちなみに、わが民法239条2項の母法であるフランス民法典713条も、もともとは、所有者のいない不動産は国庫に帰属すると規定していたが、改正されて、その地の市町村に帰属することとなった（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（特集 土地法の制度設計）」論究ジュリスト15号（平成27年）98頁）。

⁽⁶⁷⁾ その際、一定の費用を徴収することとするのは、粗大ゴミを捨てるのも有料であることを思えば、十分あり得る。ただ、不動産でも建物であれば、その解体費用相当額（ないしその一部）を費用徴収することが考えられるが、土地は“解体”のしようがないので、徴収すべき費用を算定する基礎となるべき金額を想定しにくい。土地を国に返すという考え方からすれば無料でもいいのかもしれないが、まったくのたとえばであるが、——国庫引継の手間賃程度にしかならないだろうけど——固定資産税等の何年分とかいうのも、一つのあり方かもしれない。その程度であれば、費用負担を嫌って、放棄

土地について誰が所有者かわからなくなる、といった事態も、いくばくかは起きにくくなるのではないかと思うのである。

(平成 29 年 3 月 11 日脱稿、引用のうちウェブサイト掲載のものは同日に閲覧)

(追記)

脱稿後、松江地裁平成 28 年 5 月 23 日判決⁽⁶⁹⁾およびその控訴審である広島高裁松江支部平成 28 年 12 月 21 日判決⁽⁷⁰⁾に接した。土地所有者が、所有権を放棄する意思表示をし、民法 239 条 2 項により国が所有権を取得したとして、国に対し訴えを提起して、所有権移転登記手続をすることを求めた事案である。本文では、不動産について所有権放棄できるかどうかを論じた裁判例は見当たらないと書いたが、この事案ではまさしくこの問題が取り扱われ、そこでの所有権放棄が権利濫用または公序良俗違反に当たるかどうか争点となった。

問題となった土地は計 2 万 3414 平米の山林で、転売可能性は相当低く、財産的価値は固定資産税評価額である 47 万 9846 円程度と認定されている。もともとは原告の曾祖母が所有していたものであり、原告の父親が相続して、平成 26 年 9 月 18 日に相続登記を済ませた。原告は、この相続登記を契機に、自分が将来、この土地を相続する可能性が高くなったと考え、よくわからない土地を将来的に延々と保有し続けることになることに積然と

されずに放置されるというリスクも回避できるであろう(放棄しないでいると、固定資産税等が未来永劫かかり続けるので、放置しないで、放棄してくるであろう。)⁽⁶⁸⁾ 実は、現状でも、不動産について所有権放棄された事例(したがって、所有権放棄により無主になったとして財務局(財務事務所)が国庫引継の手続をとった不動産)は、ないわけではない。平成 23 年度から平成 27 年度までの 5 年間に、全国で 12 件ある。もっとも、ポイントと捨てて国にすんなり引き取ってもらえた、ということではなく、それぞれに経緯がある。これら 12 件の概要を紹介する別稿を予定している。

⁽⁶⁸⁾ 訟務月報 62 卷 10 号 1671 頁。

⁽⁷⁰⁾ 広島高裁松江支部平成 28 年(ネ)51号、LEX/DB 文献番号 25545271。

せず、父親に対し、自分の責任で処分したいので、贈与して欲しいと申し出て、平成 26 年 10 月 1 日に贈与を受け、同月 17 日に移転登記を具備したうえ、その 6 日後である同月 23 日に本件訴訟を提起して、その訴状により本件土地の所有権を放棄する旨の単独の意思表示をした。

広島高裁松江支部は、不動産について所有権放棄が一般論として認められるとしても、①本件所有権放棄は、原告が、将来の相続により自分が本件土地を保有し続けなければなくなる事態を避けたいとの考えのもと、所有権喪失を目的としてされたものであること、②この目的を実現するため、原告はあえて父親から贈与を受けて所有権を取得したうえ、直ちに所有権を放棄したこと、③原告は、本件所有権放棄により負担ないし責任が自分から国に移転することを認識していたこと、④本件所有権放棄を認めると、国は、財産的価値の乏しい本件土地について、管理に係る多額の経済的負担⁽⁷¹⁾を余儀なくされることを併せ考慮して、本件所有権放棄は、本件土地の負担ないし責任を国に押し付けようとするもので、不動産の所有者に認められる権利の本来の目的を逸脱し、社会の倫理観念に反する不当な結果をもたらすものであって、権利濫用等に当たり無効であるとして、原告の請求を棄却した(原審の松江地裁も同様の判断であった。)

筆者の印象だが、このような判断にいたったことには、②原告が所有権放棄という形での処分を目論んで、わざわざ父親から贈与を受けて、そのあと直ちに所有権放棄したという経緯が大きく影響したように感じられる。

不動産でなく動産について所有権を放棄する(捨てる)場面であれば、①将来の負担を回避するために、今、捨ててしまうこと、③捨てれば負担等が世の中全体に転嫁される⁽⁷²⁾ことに気付い

⁽⁷¹⁾ 測量等境界確定に最低でも 52 万円余、単管柵の設置に最低でも 100 万円余、さらに、毎年、巡回警備に 1 万円余、草刈りに 6 万円余、枝打ちに 1 本 899 円と算定された。

⁽⁷²⁾ 所有権放棄されると、不動産であれば民法 239 条 2 項により国に押し付けられるが、動産は無主物として国

ていることは、普通にみられることだが、しかしだからといって、およそ捨てることそのものが「所有者に認められる権利の本来の目的を逸脱し」ているとか、権利濫用などとはいわれないわけで、そのようにみえてくると①や③は、所有権放棄を権利濫用等と評価するのに重要な意味をもつべきものとは思えない。

④にいわれる国の管理負担も、たしかに国庫帰属となったときに、キチンと管理をしようとするれば、判決がいうように諸々の費用が発生することはそのとおりであろうが、たとえば測量等境界確定について、価値が乏しく引き取り手が現れないような土地でも、各地の財務局（財務事務所）はそのような経済合理性のないことを実際にしているのであるか（このことは、原告も主張のなかで指摘している）。本文でも書いたように、相続財産管理の結末として不動産が不動産のまま、測量なしに国庫に引き継がれた例は、全国的にそれなりの数があるが、引き取り手が現れそうな土地であれば、譲渡に向けて、国が費用を負担して測量することになろうが、そうでない場合は、測量せずにそのままにしているのではないか。

本件は②自分でわざわざに取得した土地を所有権放棄したという特殊な経過であったので、所有権放棄が権利濫用や公序良俗違反と評価されることを争うのは、難しいかもしれない（あえて譲り受けるなど、なにもそんな余計なこと、しなければいいのに...）。しかし、本件でもし②の特殊性がなかったとしたら、すなわち、原告ではなく原告の父親自身が所有権放棄したのであれば、どういう結論であったろうか。

あるいはさらに、原告の父親が、相続した本件土地を所有権放棄するのではなく、そもそも相続放棄していたら、どうであったろうか。相続放棄も一つの法律行為である以上、権利濫用や公序良俗違反による無効を言おうと思えば言えなくもないが、普通はそのような言い方はしない⁽⁷³⁾。この

事案でも、原告は、相続放棄の場合であれば権利濫用等が問題にされないことを指摘して、それとの均衡から、本件所有権放棄について権利濫用等をいうべきではないと主張していた。判決は、個別の財産の所有権放棄と、相続財産の包括的な放棄とは根本的に異なる（それも、相続放棄は、相続人の意思にかかわらず承継されてくる相続財産の放棄である。）として、この主張をしりぞけている。しかし、かりに原告の父親が相続放棄したとするなら、①放棄は負担を避ける目的であろうし、③放棄により負担が次順位の相続人ないし国に及び、そのことの認識もあるであろう。にもかかわらず相続放棄を権利濫用などと言わないのであれば、相続放棄と個別の財産の所有権放棄との違いをどこまで重視すべきかは、やはり一個の問題であるように思われる⁽⁷⁴⁾。

濫用にあたるかが争われた事案において、これを否定して、損害を加える結果となり、また放棄者がそれを目的とし、もしくは認識してされたとしても、相続放棄を無効と解すべきではないとする。

⁽⁷⁴⁾ たしかに、個別の財産の所有権放棄は、相続放棄と異なり、要る物を残して要らない物だけを捨てること（“選り好み”）ではあるが、だから、所有権放棄することをマイナスに評価する、というのであれば、それは、およそ“捨てる”という行為の本質に目をつぶるものであろう。

ではなく世の中全体に押し付けられる。

⁽⁷³⁾ 最高裁昭和42年5月30日判決（民集21巻4号988頁）は、相続放棄が相続人の債権者に対する関係で権利