

## 土地所有権放棄・相続放棄と公的主体による土地の受入れ

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

### 1 問題の所在

所有者不明土地問題への対処策を検討する中で、土地所有権の放棄を認めるべきかという問いが、重要な論点の1つとして浮上してきている。学説レベルの検討も始まっている<sup>(1)</sup>。行政レベルでは、昨年末に、所有者不明土地問題への対応策を検討するために、法務省の主導の下で「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」（以下、「登

記制度研究会」と略称する）が設置された<sup>(2)</sup>。この研究会の任務は、その名称が示すように、登記制度・土地所有権の在り方等の中長期的課題を、主に民事基本法制の観点から検討することである。そこでも、重要な論点の1つとして、土地所有権放棄の可能性が取り上げられた。その問題提起によれば、現行民法上、物権の放棄に関しては、共有持分の放棄（255条）、地上権・永小作権の放棄（268条、275条、398条）、承役地の所有権の放棄（287条）などの規定がある。しかし、所有権の放棄に関する規定は存在しない。そこで、土地所有権の放棄は可能か、可能であるとして、その法的性質はどのように考えられるか（相手方のある単独行為かなど）が問われるというわけである<sup>(3)</sup>。

ところで、土地所有権放棄の可能性は、2つの異なる文脈において問題となる。

第1は、価値のない土地の国庫への押しつけを無条件で認めてよいかという、消極的観点からの問題把握である。所有者のない無主の不動産は、国庫に帰属する（民239条1項）。ところで、近年の経済状況や人口減少等の現象の下で、所有者に

<sup>(1)</sup> 土地所有権放棄に関する先駆的研究は、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）（以下、「許されるか」と略称する）169頁以下である。また、同「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（2014年）177頁以下、同「土地所有権は放棄できるか——ドイツ法を参考に」論究ジュリスト15号（2015年）（以下、「放棄できるか」と略称する）81頁以下、同「土地所有権の放棄——所有者不明化の抑止に向けて」土地総合研究25巻2号（2017年）112頁以下も参照。近時の研究としては、堀田親臣「土地所有権の現代的意義——所有権放棄という視点からの一考察」広島法学41巻3号（2018年）246頁以下が詳細である。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地位」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）676頁以下もある。私も、この論点に関して若干の検討を行っている。吉田克己「土地所有権の放棄は可能か」土地総合研究25巻2号（2017年）（以下、「可能か」と略称する）98頁以下、同「不動産所有権放棄をめぐる裁判例の出現」市民と法108号（2017年）（以下、「裁判例の出現」と略称する）3頁以下。簡単には、同「所有者不明土地問題と民法学の課題」土地総合研究26巻2号（2018年）（以下、「課題」と略称する）60-63頁参照。また、端緒的には、同「都市縮小時代の土地所有権」土地総合研究23巻2号（2015年）48頁で基本的考え方を提示している。

<sup>(2)</sup> 2017年10月2日に第1回会合が開かれ、2018年6月1日には早くも『中間取りまとめ』が公表されている。なお、この『中間取りまとめ』を含めて、登記制度研究会の資料や議事要旨は、同研究会のHP（<http://www.kinzai.or.jp/specialty/registration.html>）において閲覧することができる。以下では、同研究会の資料等を引用するに当たって、このURLを改めて引くことを省略する。

<sup>(3)</sup> 「登記制度研究会」資料4-2・1頁。

として財産価値の面でも利用価値の面でもメリットに乏しく負担のみ大きな土地、すなわち負財としての土地が増加している。これらの土地について所有権放棄が認められると、その土地は無主の不動産ということになり国庫に帰属する。しかし、所有者にとってメリットのない土地は、国庫にとっても基本的にはメリットがない。土地所有権放棄の無制限での自由を認めることによって、国庫にそのようなマイナスの価値しか持たない負財を押しつけてよいのか。これが問われるわけである。

第2は、利活用の可能性のある土地について、所有者による所有権放棄の意思を認定してその土地の所有権を公的主体等が取得し利活用に充てるという、積極的観点からの問題把握である。所有権放棄が認められることを前提として、この第2の局面において所有者が所有権を放棄すれば、公的主体がその利活用の権原を得ることができる。

しかし、現実にごここで問題となるのは、利活用を求められる土地の所有者が不明であることである。そこで、現実の所有権放棄の意思が問題になるのではなくて、一定の状況からその意思を認定する（推定する、あるいはみなす）ことができないかが問われるわけである。この論点は、この間、行政レベルの検討においては、土地所有権のみなし放棄制度の是非という形で議論されている。

この2つの文脈において、所有権放棄という同じ法理の適用が問題になっている。しかし、同じ法理の適用といっても、2つの文脈における問題は、性格を同じくするものではない。さらに言えば、両者は、所有権放棄に向き合うスタンスにおいて逆の方向を向いている。一方は消極的スタンスに立つのに対して、他方は積極的スタンスに立つからである。このような性格の違いを自覚しつつ、この2つの文脈における所有権放棄の問題を検討する必要がある。

また、第1の文脈である負財の押しつけという点では、所有権だけでなく共有持分の放棄も同じ性格を持つことがありうる。現行法制上は、共有持分の放棄が可能であることは明らかであるが（民255条）、負財を想定すると、持分放棄が無条

件で許容されるかは、検討しておくべき論点である。また、所有権放棄の可能性の先に、相続放棄の自由をどのように考えるかという論点もある。さらに、放棄された土地の帰属先は、現行法制の下では国庫である（民239条1項）。しかし、放棄された土地の利活用を図るという観点からは、そのような考え方でよいのか、市町村やその他の公共の機関（ランドバンク）を所有権放棄土地の帰属先あるいは受入機関とする可能性なども検討する必要がある。また、放棄された土地の帰属先の問題とその管理を行う機関の問題とを別に考える可能性もあろう。

私は、以上の諸論点について、この間、一定数の論稿を公表してきた<sup>(4)</sup>。本稿は、そのような作業をまとめるとともに、新たな観点に基づく補足的検討を付加しようとするものである。

## 2 土地所有権放棄の法的可能性

### (1) これまでの問題状況<sup>(5)</sup>

#### (i) 不動産実務

所有権の放棄が可能かについては、前述のように、民法には規定がない。この論点に関して、1960年代に、土地所有権放棄の可能性に関する照会に対して、法務省民事局長から「所問の場合は、所有権の放棄はできない」として、否定説に立つ回答がなされたことがある<sup>(6)</sup>。おそらくはこの回答を踏まえてであろうが、登記実務あるいは不動産実務関係者の間では、土地所有権の放棄は認められていないとする認識が一般化していた<sup>(7)</sup>。

もっとも、この法務省民事局長回答は、かなり特徴のある事例に関するものであった。すなわち、照会の対象になった事例においては、神社所有地に含まれる崖地が崩潰寸前にあり、所有者である

<sup>(4)</sup> 注(1)に挙げた諸論稿。

<sup>(5)</sup> この項の記述は、吉田・前掲注(1)「裁判例の出現」4-6頁を基礎としつつ、それに若干の補充を加えたものである。

<sup>(6)</sup> 「昭和41年8月27日付民事局長回答」民事月報21巻11号（1966年）155頁。

<sup>(7)</sup> そのような認識を表明する近時の例として、岡本政明「不動産の所有権は放棄できない、法の陥穽を埋める対策が急務」エコノミスト2014年12月16日号40頁参照。

神社はもちろん付近の氏子も危険な状態にあったところ、その補強工事に多額の費用を要するので、国の資力によって危険防止を図ることが最善だとして、土地所有権の放棄がなされている。要するに、ここでの土地所有権の放棄は、国への負担転嫁が目的であった。仮に不動産所有権放棄の自由を認めたとしても、このような事例においては、公序良俗法理の適用等によって、例外的に所有権放棄の効力が否定される可能性が大きいものと考えられる。そうだとすれば、この回答を不動産所有権放棄に関する一般論を示したものと理解することには、慎重であるべきである。

実際、この回答後の法務省の別の回答は、不動産所有権の放棄を認めることを前提としているものと解される。すなわち、不動産所有権放棄を認めるとしても、所有権放棄も物権変動である以上、その登記がなければ第三者に対抗することができない(民 177 条)。それでは、この登記をどのように行うべきか。登記実務に関して、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土地所有権を放棄したいという事例に関して、この登記を単独申請で行うことが可能かという照会がなされた。これに対して、法務省民事局第三課長は、単独申請によることはできないと回答している<sup>(8)</sup>。その回答によれば、土地所有権の放棄は、それによって所有権を国庫に帰属せしめる(移転)行為と解することができる。そうすると、国は不動産登記法上の登記権利者に当たり、国が登記に協力しない場合には、土地所有権を放棄しようとする者は、国に対して登記引取請求訴訟を提起する必要がある、というわけである。ここでは、土地所有権の放棄が可能であること自体は、当然の前提とされている。

## (ii) 学説

民法起草者は、権利一般について、放棄の自由を認めている。富井政章は、債務免除の自由を認める(民 519 条)文脈において、夫たる権利・父たる権利のように公益に関係した権利の放棄はで

きないが、「全く私権上の放棄はこれを許したとしてどんな弊害があるというのだろうか」と、私権放棄の自由を強調している<sup>(9)</sup>。梅謙次郎もまた、他人の権利を害さないことを条件とする権利放棄の自由を説いている。梅によれば、「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」とされるのである<sup>(10)</sup>。土地所有権の放棄も、このような一般原則の下で、当然に許容されていたものと考えられる。

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)、所有権放棄が可能であることを前提とした問題の検討を行っている。たとえば、我妻榮は、放棄は物権を消滅させることを目的とする単独行為であると述べて放棄の法的性質決定を行った上で、その相手方を検討する。このようにして、不動産所有権の放棄は、特定の人に対する意思表示を必要としないが、登記の抹消をしなければ第三者に対抗し得ないものと説かれる。また、不動産上の他物権の放棄は、所有者に対する意思表示で成立するが、登記されている場合は抹消登記を対抗要件とする旨が述べられる<sup>(11)</sup>。以上の検討は、所有権を含めた物権の放棄が可能であることを当然の前提としている。このような説明は、多くの教科書・体系書に共通して見出されるところである<sup>(12)</sup>。

たしかに、不動産所有権の放棄について否定的に考える学説も存在する<sup>(13)</sup>。また、学説における

<sup>(9)</sup> 前田達明監修『史料債権総則』(成文堂、2010年)772頁。

<sup>(10)</sup> 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)234頁。

<sup>(11)</sup> 以上について、我妻榮『物権法』(岩波書店、1952年)156頁、同(有泉亭補訂)『新訂物権法』(岩波書店、1983年)248-249頁参照。

<sup>(12)</sup> 末川博『物権法』(日本評論新社、1956年)84-85頁、舟橋諱一『物権法』(有斐閣、1960年)53-54頁、稲本洋之助『民法II(物権)』(青林書院新社、1983年)199-200頁、石田穰『物権法』(信山社、2008年)296-297頁なども、我妻・前掲注(11)とほぼ同様の説明を行っている。

<sup>(13)</sup> 田處・前掲注(1)「許されるか」180頁に紹介されて

<sup>(8)</sup> 「昭和57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。

この問題の結論は、あまりはっきりしていないとの評価も存在する<sup>(14)</sup>。しかし、否定説は少数であり、一般的傾向を全体としてみれば、学説は、権利一般の放棄の自由と同様に、不動産所有権の放棄も認めていると判断してよいであろう。

結論的には、このような学説の一般的傾向は正当だと考えられる。権利一般についての放棄が原則的に認められるのと同様に、所有権放棄についても、原則的な放棄の自由が認められると考えられるのである。しかし、権利放棄の自由は無条件のものではなく、他者の利益を害さないという条件の下でのみ認められる。所有権についても同様であるが、所有権の場合には、権利を放棄しても客体である有体物は残るという特殊な事情が存在するために、放棄が他者の利益に影響を及ぼす場合がむしろ通常であり、例外である放棄の制限がむしろ原則化する。以下、このような点を、もう少し敷衍する。

## (2) 権利一般の放棄に関する民法の考え方<sup>(15)</sup>

### (i) 債権の放棄

#### (a) 債権放棄の自由

権利放棄に関する民法の考え方を確認するために、まず、債権の放棄を見ることから始めよう。民法は、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ものと規定する(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

いる学説を参照。それ以降の消極説としては、たとえば広中俊雄『物権法〔第2版〕』(青林書院、1982年)134頁がある。民法287条に認められている所有権の相対的放棄は、同条の類推適用によって認められることがありうるが、不動産を無主物たらしめるような絶対的放棄は、認める必要がないと説かれる。

<sup>(14)</sup> 川島武宣・川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』(有斐閣、2007年)379頁〔五十嵐清・瀬川信久〕、田處・前掲注(1)「許されるか」181頁。

<sup>(15)</sup> 以下のこの項の記述は、吉田・前掲注(1)「可能か」100-103頁を基礎としてそれをまとめたものである。

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<sup>(16)</sup>。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ある<sup>(17)</sup>。

#### (b) 債権放棄自由の原則に対する制限

もっとも、債権放棄が債権者の自由に属するとはいえ、これによって他者の利益を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)、放棄の自由は制限される<sup>(18)</sup>。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)<sup>(19)</sup>。

<sup>(16)</sup> 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5版〕』(日本評論社、2018年)1020頁も参照。

<sup>(17)</sup> 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るか」。前田監修・前掲注(9)772頁。なお、後者の発言は、すでに引用している。注(9)に対応する本文を参照。

<sup>(18)</sup> 我妻榮ほか・前掲注(16)『コンメンタール民法〔第5版〕』1021頁。また、568頁も参照。

<sup>(19)</sup> 次のように規定する。「地上権者又ハ土地ノ賃借人ニ属スル立木カ抵当権ノ目的タル場合ニ於テハ地上権

## (ii) 物権の放棄

次に所有権以外の物権つまり他物権の放棄の考え方をしてみる。

### (a) 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<sup>(20)</sup>。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275条の準用）。

### (b) 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）。

### (c) 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）。

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<sup>(21)</sup>。

## (iii) 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ができる。それを端的に命題化するならば、他者の利益を害さない限り、権利の放棄をすることができるということになる<sup>(22)</sup>。

者又ハ賃借人ハ抵当権者ノ承諾アルニ非サレハ其ノ権利ヲ抛棄シ又ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ス」。

<sup>(20)</sup> たとえば、梅・前掲注(10)235頁。また、我妻・前掲注(11)『新訂物権法』382頁参照。

<sup>(21)</sup> 梅・前掲注(10)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。

<sup>(22)</sup> 教科書・体系書の多くも、権利の放棄は、他者の利益を害さない場合にだけ認められると説いている。我

### (3) 土地所有権放棄の自由とその制限

#### (i) 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原則的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からである。

もっとも、このような言明を成立させるためには、権利放棄一般と所有権放棄の同質性について、もう少し明確な根拠づけを行うことが望まれる。そのためには、これらの放棄が何を根拠に認められるのかを考えておくことが有益である。所有権放棄を認めるべき根拠については、所有権の内容を定める民法 206 条にそれを求める見解もある。すなわち、所有者として自由な処分権を有する以上、自由にその所有権を放棄することもできるというわけである<sup>(23)</sup>。しかし、放棄は、所有権というよりも、まずもっては権利一般について認められるはずである。この全体について妥当する根拠づけという観点からは、所有権に関する民法 206 条を引くだけでは明らかに不十分である。

ここでは、その根拠として、法主体への「帰属」を挙げておきたい。自己に帰属する客体に関する権利であるが故に、その放棄が認められると考えるのである。法主体と客体との関係である帰属関係については、以前の論稿において、それを抽象的なレベルと具体的なレベルとに分けて二元的に捉えるべきことを提案したことがある<sup>(24)</sup>。所有権はもとより、債権や物権でも、権利はおおよそ客

に対するこの具体的レベルの帰属関係を表現している。その具体的内容は、権利の種類に応じて異なる。これに対して、抽象的レベルでは、これらすべてが、共通して客体の法主体への帰属を表現している。法主体は、自己に帰属する客体への権利に関して処分権限を認められるべきであり、これが権利放棄の自由を基礎づけると考えるべきである<sup>(25)</sup>。

このように帰属をもって放棄の原則的自由を根拠づけるならば、最初に指摘した通り、権利一般と所有権とを区別するいかなる理由もなくなる。所有権を含めた権利一般に、等しく放棄の原則的な自由が認められるのである。

#### (ii) 所有権放棄の例外的制限

##### (a) 例外の原則化

しかしながら、以上の放棄の自由は、あくまで原則レベルのものであって、それには例外も認められる。所有権以外の権利一般についてすでに確認したように、他者の利益を害する形での権利放棄は認められないのである。この例外は、法の基本原則に属するものであって、ある意味で当然の考え方である。自由といっても、他者の利益を侵害する自由が認められるわけではない。このようにして、この例外は、所有権放棄についても当然に認められなければならない。

ところで、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。債権の放棄（債務免除）は、債権者の一般財産からの積極財産の消滅と債務者の一般財産からの消極財産の消滅をもたらすだけで、それ以上の影響を及ぼさない。他物権の消滅も、土地所有権の負担が消滅するだけで、それ以上の影響を及ぼさない。要するに、これらの権利の場

妻・前掲注(11)『物権法』156頁、末川・前掲注(12)85頁、舟橋・前掲注(12)54頁、稲本・前掲注(12)199-200頁、石田・前掲注(12)297頁など。

<sup>(23)</sup> 田處・前掲注(1)「許されるか」181-182頁。もっとも、その後公表された同・前掲注(1)「放棄できるか」87頁では、判断を留保している。堀田・前掲注(1)81頁は、放棄の自由を民法 206 条で根拠づける見解が増えていると指摘している。具体的文献については、同論文 82 頁注(27)を参照。

<sup>(24)</sup> 吉田克己「財の多様化と民法学の課題——理論的考察の試み」NBL1030号(2014年)14-15頁、同「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)10-12頁。

<sup>(25)</sup> ただし、身体については、法的扱いを異にすべきである。身体については、主体への帰属を認めるべきであるが、身体には、財産的価値ではなく、人格的価値が内在しているからである。本稿では、この問題にこれ以上立ち入ることはできない。吉田克己「身体の法的地位(1)(2完)」民商法雑誌 149 卷 1 号(2013年)1頁以下、同 2 号(2013年)115頁以下参照。

合には、放棄によって権利が消滅すれば、後に何も残らないのである。ところが、所有権の放棄の場合には、客体が有体物であることから、所有権が消滅しても、所有権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。換言すれば、所有権の放棄は、その客体が有体物であるが故に、放棄に伴う外部性が必ず問題になるのである。

このような理由から、所有権については、例外であるはずの放棄の自由の制限が、逆に原則に近くなっていく。この点の具体的現れは、動産の場合と不動産の場合とで異なる。以下では、不動産、より具体的には土地に限定して、問題の有り様を眺めておこう<sup>(26)</sup>。

#### (b) 土地所有権放棄の制限

##### (ア) 基本的考え方

土地の場合には、その所有権を放棄することによって所有者が存在しなくなると、その土地は国庫に帰属する(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

<sup>(26)</sup> 動産については、所有権放棄が特定の他者の利益を害する場合と、一般的他者の利益を害する場合とで、場合を分けるべきである。前者は、Aが自己所有の動産αを不要になったとして他者であるB所有地に投棄するような場合である。後者は、Aが公道に自転車や家庭ゴミ(一般廃棄物)を投棄するような場合である。その上で、いずれの場合にも、「相対的負財」と「絶対的負財」の概念を用いて所有権放棄の可否を判断することができる。すなわち、前者の場合には、利益を害されるBがαの入手を希望してそれを受け入れるならば、αは、「相対的負財」(Aにとっては価値のない負財であるが、Bにとっては有用性のある財である)であって、放棄が認められる。その結果、αは、いったん無主物になった後に、直ちに無主物先占によって(民239条1項)、Bの所有物となる。Bが受け入れを拒む場合には、αは「絶対的負財」(誰もその価値を認めない負財)であって、放棄は認められず、その所有権は、Aの下に引き続き止まる。後者の場合には、投棄された自転車などについて有用性を見出してそれを引き取る者がいれば、それは「相対的負財」であって、放棄と無主物先占を根拠に、Bの所有権が認められる。これに対して、誰も有用性を見出すことなく引き取らない場合には、それは「絶対的負財」であって、Aの所有権放棄は認められない。以上についてより詳細には、吉田・前掲注(1)「可能か」106-108頁参照。

対象になる(同条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<sup>(27)</sup>。

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、原則的にはその放棄が認められないということになる。

##### (イ) 近時の裁判例

この論点に関して、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<sup>(28)</sup>。土地所有権を放棄したXが、国に対して、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、土地所有権放棄の主張を権利濫用法理によって否定し、その判断は、控訴審によっても支持された。

第1審判決は、権利濫用法理を適用するに際して、次の2点を指摘した。

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

<sup>(27)</sup> 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。

<sup>(28)</sup> これらの判決の詳細については、吉田・前掲注(1)「可能か」108-109頁、同・前掲注(1)「裁判例の出現」3-5頁、8頁参照。

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……」。

この判旨について注意すべきは、裁判所が指摘した放棄者にかかわる主観的事情(①)と国にかかわる客観的事情(②)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ということである。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つてはいるが、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。ここでは、例外がむしろ原則化することになるだろう。

なお、この判決は、権利濫用法理を用いているが、土地所有権の放棄を制限する一般的な法理としては、前稿において検討したように、公序良俗違反による無効のほうが適切であると考え<sup>(29)</sup>。

### (iii) 国による受入れの可能性

以上のように、国は、負担を押しつけられるべきではなく、したがって、土地所有権については、放棄の制限という例外が原則化して、通常は放棄

が認められないことになる。しかし、そのような土地であっても、国がその受入れに政策的価値を認める場合には、私人の土地所有権放棄を認めることは可能と考えるべきである。国がその受入れに政策的価値を認めるということは、放棄が国の利益を害するというにはならないことを意味する。その場合には、土地所有権の放棄が可能という原則が復活することになる。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確定し、当該土地は無主のものになり、そして、その結果、国は当該土地の所有権を取得する(民法 239 条 2 項)ということである。

国がその所有権取得を受け入れるということは、当該土地が、結果として「相対的負財」にすぎないことになるということである。相対的負財については、その所有権放棄を否定する理由はない<sup>(30)</sup>。このようにして、土地所有権放棄の効力を否定すべきなのは、国がその土地の受入れに政策的価値を認めない場合、すなわち当該土地が「絶対的負財」である場合に限定されるということになる。

## (4) 土地所有権の放棄に関する立法措置

### (i) 民法の改正提案

以上は、現行法の下での解釈によっても導かれる解決である。しかし、それを明確化するためには、立法措置を講じることが望ましい。ここでは、次のような民法改正を行うことを提案しておきたい。

①第 2 節「所有権の取得」を第 2 節「所有権の取得及び放棄」と改める。

②次の内容の第 248 条の 2 を新設する。

第 248 条の 2 「不動産の所有者は、国の同意を得て、その所有権を放棄することができる。」

### (ii) 若干の解説

①土地所有権放棄に関して民法の改正を行う場

<sup>(29)</sup> その理由などについては、吉田・前掲注(1)「可能か」109頁、同・前掲注(1)「裁判例の出現」8頁を参照。本稿では、この点の詳細については触れない。

<sup>(30)</sup> 動産に関するこの点の基本的考え方について、注(26)を参照。

合には、まず、民法のどの位置に規定を新設するかが問題になる。物権編の第3章「所有権」第2節「所有権の取得」に置かれた無主物の帰属、遺失物の拾得、付合、混和等の所有権の取得に関する規定に続いて、その消滅にかかわる「放棄」に関する規定を置くというのが自然であろう。そのように考える場合には、節のタイトルも、「放棄」を加えて「所有権の取得及び放棄」というように改正する必要がある。

②本稿の検討によれば、所有権の放棄が制限されるのは、他者の利益を侵害する場合である。土地所有権の場合には、所有権放棄を認める場合の所有権帰属先は国庫になるので、他者としては、基本的には国を想定すればよいことになる。もっとも、その上で、「国の利益を害さない限り」という要件設定にすると、放棄の効力が認められるかどうかを直ちに一義的に判断することが難しくなる。そのような点を考慮して、上記の提案では、国の利益を害するかどうかを、国の同意という客観的に知覚が容易な要素で置き換えることとしている。この置き換える基礎には、国が同意するのはその利益が害されないからだという認識がある。したがって、その利益が害されるにもかかわらず同意するというような場合には、同意権の濫用等の問題が生じてくるであろう。

なお、「国の同意」か「国の承諾」かという問題もある。一般的には、民法の用語法としては、「同意」は効力確定要件として用いられ、「承諾」は効力要件として用いられる。したがって、「同意」の場合には、同意の対象になった行為の効力は行為の時点で発生し、「承諾」の場合には、承諾の時点でその効力が発生すると考えられる<sup>(31)</sup>。このよう

<sup>(31)</sup> たとえば、未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の「同意」を要する（民法5条1項）。この同意は、法律行為の前に得ることが必要であるが、法律行為の効力発生は、あくまで法律行為の時点である。また、法律行為後の同意も可能と考える場合には（少数説。通常は、これは「追認」とされる）、同意によってこの法律行為は取消不能なものとなるが、その効力は、あくまで法律行為時に発生している。これに対して、「承諾」の例として債権譲渡の対抗要件（民法467条1項。譲渡人の債務者への通知または債務者の承諾が必要である）

な使い分けを踏まえると、土地所有者の放棄は、国の引受け意思がある場合には、放棄の意思表示の時点でその効力が生じるとするほうが適切と考えられるので、「同意」を提案しておく。

③本稿は、所有者不明土地問題を始めとする現下の政策課題を念頭に置いて所有権放棄の論点を検討しているため、民法改正提案も不動産所有権の放棄に限定している。動産については、不動産についての規定新設も踏まえつつ、解釈に委ねるということになる。しかし、所有権放棄に関して動産も含める形で民法改正を行うという政策的判断もありうる。その場合には、改正案はまた別の形になる<sup>(32)</sup>。

④国の同意を要件として土地所有権放棄の効力を認めるという改正構想に対しては、それであればむしろ土地所有権放棄を否定しておいて、国の承諾がある場合について贈与の成立を認めればよいのではないかという発想もあるであろう。このような発想から本提案が批判されたとする場合には、本提案は、贈与の可能性を否定するものではないということを確認しておきたい。国が承諾する場合には、国を受贈者とする贈与の成立を否定する理由はない。国の同意を要件とする土地所有権放棄を認めることは、それを認めた上で、選択肢を増やすことを意味する。

とすると、ここでの論点は、贈与契約の可否ではなくて、国の同意を要件とする土地所有権放棄を否定して贈与契約への一本化という方向を採るべきか否かである。このように問題を立てる場合

を取ってみると、この「承諾」によって対抗要件の効力が発生することが明らかである。もっとも、例外もある。民法612条1項においては、「承諾」と規定されているが、現在の同規定に関する理解からすれば、「同意」という文言のほうが適切である。

<sup>(32)</sup> 民法248条の2に次のような第1項を設けることが考えられる（上記の不動産所有権放棄に関する既定は、第2項に繰り下げられる）。「動産の所有者は、第三者の利益を害さない限り、その所有権を放棄することができる」。動産の場合には、放棄によって無主の財産となり、無主物先占の対象になるので（民法239条1項）、「他者の利益」について、特定の他者を想定してその同意を要件とすることができない。そこで、「第三者の利益を害さない限り」という要件設定になる。

には、土地所有権放棄を否定すべきではないという結論が、容易に導かれるように思われる。

第1に、先に確認したように、権利放棄の可能性は、その権利が主体への客体の帰属を表現するが故に認められるものである。そうであれば、所有権が典型的な帰属形態を示す権利である以上、その放棄を否定することは、理論的に筋が通らない。

第2に、贈与と同意を得た所有権放棄との異同についてはなお精査の必要があるが<sup>(33)</sup>、一本化によって選択肢を減らすという政策判断を正当化するには、その選択肢すなわち国の同意を得た土地所有権放棄が弊害をもたらすことを主張する必要がある。しかし、そのような主張の根拠を示すことは難しいであろう。そうであれば、選択肢は多く用意しておくほうが望ましい。

⑤なお、本提案は、土地所有権放棄の場合の帰属先を、現在の民法の考え方にしたがって、国庫と考えている。しかし、立法措置を講じる場合には、これを別の公的主体（たとえば市町村）にすることもありうる。この論点については、後に検討する（→6）。したがって、本提案で提示している国庫帰属という考え方は、暫定的なものであることを注記しておきたい。

## （5）所有権放棄土地の国（その他の公的主体）による政策的受入れ

### （i）問題の所在

以上の提案においては、民法上の改正提案ということで、所有権放棄に対して国が同意すべきかどうかの基準については、白紙としている。しかし、今後の国土政策を考えるという観点からは、

国が同意すべきかの基準に関して一定の方向性を提示することが望ましい。国が、所有権放棄土地について積極的に財産的価値または公共事業実施等のための利用価値を見出す場合には、当然に同意をするであろう。しかし、今後の土地所有権放棄が現実の問題となる事例を考える場合には、そのようなケースは決して一般的なものではない。財産的価値もなく、当面の事業実施という観点では利用価値のない土地について、土地所有権の放棄が行われることが予想されるのである。そのような放棄のすべてに対して、当面の利用価値がないことを理由に同意を拒絶することによいのか。場合によって長期的な国土政策の観点から、一定の土地については同意をすべきという政策を採用すべきではないのか。このような問題がここで問われる。

### （ii）基本的考え方

結論的には、今後の長期的な環境・防災・国土保全等の国土政策を考えた場合には、この問題領域への積極的な公的介入が必要であり、一定の土地については、積極的に同意するという政策を採用すべきだと考える。また、一定の場合には、私的所有者の過剰負担を避けるという社会政策的観点から同意が要請されることもありうるであろう。

もちろん、放棄を希望する地所有者から同意を求められるすべての場合に同意すべきということにはならない。そのように考えた場合には、そもそも国の同意を要件とする意味がなくなり、放棄の無条件での自由を認めることになる。放棄の無条件での自由を認めることは、管理責任とそのコストを免れようとする土地所有者のモラルハザードを招くことにならざるをえない<sup>(34)</sup>。そうではなく、一定の基準を設けて、その基準に照らして同意の可否を判断するというのがあるべき政策の方向である。

その基準として考えられる1つは、計画制度とのリンクである。たとえば市町村マスタープラン

<sup>(33)</sup> 贈与の場合には、受贈者である国が贈与者（放棄を希望した者）から所有権を承継取得するということが問題はない。国の同意を得た所有権放棄の場合には、まず、同意によって放棄の効力が確定して当該土地が無主のものとなり、その結果、国庫に原始取得されることになる（民239条2項）。このように、両者は、概念的には明確に区別されるが、登記の関係では、共同申請に基づく移転登記という形を採ることになる。この点については、注(8)およびそれに対応する本文を参照。したがって、この点では、両者の違いは基本的には存在しないわけである。

<sup>(34)</sup> このモラルハザード回避の要請は、登記制度研究会においても指摘されている。「登記制度研究会」資料4-2・1-2頁参照。

等で国土保全区域・環境保全区域などを設定し、その区域内においては積極的に所有権放棄土地の受入れを促進するなどである（この場合には、所有権放棄土地の帰属先は市町村とすることが適切な制度設計になるであろう）。しかし、計画制度とのリンクは、長期的スパンで適切な区域を設定することが難しいことに加えて、そのリンクを強いものにする、基準がやや形式的になってしまうという難点がある。むしろ、計画との緩やかなリンクは確保しつつも、明確な基準というよりは、スタンダードと性格づけられるような一定の抽象的規準を立てておいて、その規準に即して個別のケースごとに判断していくというほうが現実的であるように思われる。たとえば、《土地所有者から所有権放棄に対する同意を求められる場合には、国土保全、環境保全または防災等公益の見地から必要と判断されるときは、同意を与えるものとする》というような抽象的規準である<sup>(35)</sup>。また、その判断に際しては、市民参加措置を講じることも考慮に値する。

### (iii) 土地所有者の負担

国の同意を要件とすると、放棄を望む土地所有者と国とが、受入れ条件について交渉を行うという可能性が開ける。たとえば、土地所有者が一定の費用を納付するとか<sup>(36)</sup>、その費用で測量を実施することを受入れの条件にするなどである。このように土地所有者に対して一定の負担を課した上での所有権放棄土地の受入れであれば、納税者との関係でも、説明が付きやすくなるであろう。土地所有権放棄を希望する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。

## 3 土地所有権放棄意思の認定：みなし放棄制度について

### (1) 問題の所在

以上2において検討したのは、土地所有者にとって価値のない負財の放棄についてどのように考えるか、その自由な放棄を認めてよいかであった。ところで、「1 問題の所在」において整理したように、土地所有権の放棄は、もう1つの文脈においても問題になる。それは、公共事業等の対象地など利活用が可能な所有者不明土地について、所有権放棄の意思を認定して公的主体がそれを取得し、その利活用を図るという文脈である。

所有者不明土地問題に関する近時の検討においては、この論点が積極的に取り上げられている。たとえば、登記制度研究会においては、「所有者が土地の維持管理を事実上放棄している場合に、土地所有権を放棄したとみなすことについて、どのように考えるか」という問題提起がなされ<sup>(37)</sup>、その『中間取りまとめ』においては、「所有者不明土地の中には、土地所有者が土地の管理を事実上放棄しているものも多く存在すると考えられることから、一定期間にわたり管理がされていない土地について所有権が放棄されたものとみなすといった、みなし放棄制度の導入の是非についても検討することにした」とのまとめがなされている<sup>(38)</sup>。また、自民党政務調査会の特命委員会とりまとめにおいても、「……長期間放置された土地の所有権のみなし放棄制度について、関係省庁が一体となって検討を行うべきである」との提言がなされている<sup>(39)</sup>。

それでは、みなし放棄制度とまとめられているこの論点について、どのように考えるべきか。

<sup>(35)</sup> 文脈は異なるが、以前に、今後の都市計画制度の運用において、議論の準拠点としてスタンダードが重要な役割を果たすべきであることを指摘したことがある。吉田克己「人口減少社会と都市法の課題」吉田克己・角松生史編『都市空間のガバナンスと法』（信山社、2016年）14頁参照。本文の規準も、そのような議論の準拠点として機能することを想定している。

<sup>(36)</sup> 登記制度研究会も、放棄に際し、一定の費用を納付することを放棄の条件とするという考え方があり得ると問題を提起している。「登記制度研究会」資料4-2・2頁。

<sup>(37)</sup> 「登記制度研究会」資料4-2・2-3頁参照。

<sup>(38)</sup> 前掲注(2)『中間取りまとめ』6-7頁。

<sup>(39)</sup> 自由民主党政務調査会『「所有者不明土地等に関する特命委員会とりまとめ」～所有から利用重視へ理念の転換『土地は利用するためにある』～』（2018年5月24日）<https://www.jimin.jp/news/policy/137416.html>

## (2) 土地所有権放棄意思の認定の可能性

### (i) 管理放棄と土地所有権放棄意思の認定<sup>(40)</sup>

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<sup>(41)</sup>。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（民法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り、「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」と判示している（大阪高判昭和58年1月28日判タ506号101頁）。

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、抹消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。また、そもそも現在の登記実務においては、所有権放棄に基づく抹消登記は認められていない。

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<sup>(42)</sup>と考える必要がある<sup>(42)</sup>。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いっても、意思表示と評価しうる積極的かつ明確な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、単なる管理放棄では足りない<sup>(43)</sup>。

先に「1 問題の所在」において紹介した問題提起は、所有者が土地の維持管理を事実上放棄している場合について、所有権放棄を認定することの是非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、管理放棄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いわざるをえない。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、単なる管理放棄すなわち不作為では、積極的行為と評

<sup>(42)</sup> 富井政章『民法原論第1巻総論』（有斐閣、1922年合冊版）376-377頁は、黙示の意思表示による権利放棄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、控訴審である前出の大阪高判昭和58年1月28日によって覆された）、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。

<sup>(43)</sup> フランスの文献であるが、Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les biens*, 6e éd., 2015は、この点に関して、次のように説いている。「すべての物権と同様に、所有権は、単独の放棄〔の意思表示〕によって、放棄することができる。この放棄〔の意思表示〕は、所有者の単なる不活動からは生じない。放棄する意思は、明確なものでなければならない」(no. 464, pp. 157-158)。

<sup>(40)</sup> この項の記述は、基本的には、吉田・前掲注(1)「可能か」104-105頁に基づくものである。

<sup>(41)</sup> 以上について、我妻・前掲注(11)『新訂物権法』249頁。我妻のこの説明は、先に紹介したところである。注(11)に対応する本文を参照。

価値がないからである<sup>(44)</sup>。実際、利用しないで放置することも所有権の権能に含まれると一般的には考えられているから、単なる管理放棄で所有権放棄の黙示の意思表示と解するのは、そのような所有権に関する一般的理解とも衝突することになる。

## (ii) 土地所有者の義務づけと土地所有権放棄意思の認定・みなし放棄制度

### (a) 土地所有権放棄意思の認定・みなし放棄制度と憲法上の財産権保障

それでは、土地所有権放棄意思の認定が可能になる場合を想定することはできないのであろうか。ひとつ考えられるのは、土地所有者に対して一定の行為義務を課し、土地所有者がその義務を履行していない場合に、そこに、単なる管理放棄ではなく、より積極的な所有権放棄の意思を規範的に読み込んでいくという方向である。前稿においては<sup>(45)</sup>、相続登記の義務化を手掛かりに、このような方向を考えてみた。また、この義務懈怠だけで放棄の意思を認定するのではなく、所有者に対して権利主張の機会を与えるという手続的保障の必要性にも触れておいた。さらに、固定資産税を始めとする公租公課支払いの懈怠も、放棄意思認定の1つの要素になるかもしれない<sup>(46)</sup>。

しかし、この論点については、憲法上の財産権保障(29条1項、3項)との緊張関係の存在を指摘する必要がある。ここで問題にしているのは、たしかに、所有権放棄意思の認定であって、この認定が現実にも可能であれば、憲法上の財産権保障との緊張関係は生じない。しかし、現実にもここで問題になっているのは、所有権放棄の意思の認定

が可能にならないような場合に、この意思の存在を「みなす」ことであろう。それは、実質的には、所有権の剥奪に他ならない。憲法上の財産権保障との緊張関係が問題になる所以である。

憲法29条については、とりわけ1項と2項の関係をどのように理解すべきかについて、理論上困難な問題がある<sup>(47)</sup>。しかし、私人に帰属する既存の所有権を適正手続きと正当な補償なしに剥奪することはできず、これは憲法上の保障であることについては、まず異論の余地はない<sup>(48)</sup>。換言すれば、既存の権利の帰属は、憲法上の保障の対象になるのである(憲法29条1項、3項)<sup>(49)</sup>。そうであれば、みなし放棄制度の制度化に当たっては、慎重な配慮が求められるであろう。

### (b) みなし放棄制度が正当化される場合

私は、別稿において<sup>(50)</sup>、近時(2018年6月6日)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」(以下、「円滑化法」と略称する)

<sup>(47)</sup> 一方で、財産権の内容は法律によって形成されるはずなのに(憲法29条2項)、他方で、財産権保障は法律の上位に位置づけられ立法者を拘束するよう見えるからである(同条1項)。これを「拘束のパラドックス」と定式化した上で、歴史的・比較法的検討を加える近時の力作として、平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社、2017年)がある。

<sup>(48)</sup> 登記制度研究会においても、放棄をめぐってこの観点から見た問題があることは指摘されている。第4回会議事要旨3頁参照。

<sup>(49)</sup> これに対して、土地所有権に基づく使用・収益・処分の内容をどのように法的に構成するかは、法律によって定められる問題である(憲法29条2項。民法206条も参照)。たしかに、この定め方如何によっては帰属侵害と評価されるような場合もありうるであろう(たとえば、使用・収益・処分権能を全面的に禁止するような場合)。その場合には、憲法29条1項および3項の問題になってくる。このように、境界線をどこに引くかの問題は常に存在するが、権利の帰属保障と権利内容の法律による定義の問題とは、概念的には明確に異なる問題である。このように考えれば、「拘束のパラドックス」は存在しない。なお、経済社会・市場において財産的価値を認められるようになった財について、法律によって権利としての保護を与えるか、与える場合にどのような内容にすべきかも、憲法29条2項の問題である。以上は、本来は本格的な検討を要する論点であるが、私見の結論だけを端的に提示しておく。

<sup>(50)</sup> 吉田克己「所有者不明土地問題と土地所有権論」法時90巻9号(2018年)68頁以下参照。

<sup>(44)</sup> 先に引いた下級審裁判例(大阪高判昭和58年1月28日)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。

<sup>(45)</sup> 吉田・前掲注(1)「可能か」105頁。

<sup>(46)</sup> フランス法においては、3年以上の不動産税の不払いが無主の不動産と認定するための1つの要素とされている。公法人所有財産一般法典(CGPPP)L1123-1条参照。

において設けられた所有者不明土地に関する収用特例について、負財を対象とするという点に手続簡素化の正当化根拠が求められるという理解を示した<sup>(61)</sup>。すなわち、負財化した土地は、法的管理不全をもたらす、所有者不明土地になることが少なくない。このような土地については、土地所有者に帰属すべき交換価値的な財産価値が存在しない。そうであれば、土地所有者の権利利益擁護のために設けられる慎重な手続きのコストと、擁護される土地所有者の利益の微少性との間のバランスが取れないことを理由として、手続緩和が正当化されるのではないかと、ということである<sup>(62)</sup>。

みなし放棄制度は、見方によっては、収用手続きの緩和どころではない、収用手続きのカットによる所有権取得である。「収用補償」も支払われることがない。対象財産の負財性が収用手続きの緩和を正当化しえたとすれば、この負財性をきわめて厳格に解したところで初めて、みなし放棄制度の正当化が可能になるであろう。要するに、財産的価値と比較して明確に負担のほうが大きいような「客観的負財」についてだけ、みなし放棄制度の適用が可能になるのではないかと、ということである。

<sup>(61)</sup> ここで正当化根拠として用いた負財概念(①)は、先に所有権放棄の可能性との関係で用いた「絶対的負財」「相対的負財」(②)(注(26)参照)とは意味が異なる。後者(②)は、所有権放棄が認められるかという観点から構成した負財概念で、負財を、所有者またはその他の者が利用価値を見出すかという観点から把握するものである。所有者が利用価値を見出さなくとも誰かそれを見出す者がいる場合には、それは「相対的負財」であり、利用価値を見出すものが誰もいない場合には、それは「絶対的負財」である。これに対して、本文で用いた前者の負財(①)は、財産的価値がマイナスという意味で理解されている。②を「主観的負財」という言葉でまとめることができるとすれば、①は「客観的負財」と概念化するものである。この「客観的負財」概念は、所有者からの所有権剥奪の正当化という観点から概念構成したものである。負財概念彫琢の必要性については、別稿で指摘した(吉田・前掲注(50)74頁)が、現時点では、上記のように整理することができるものと考えている。

<sup>(62)</sup> 吉田・前掲注(50)71-72頁。ところが、「円滑化法」は、現実には補償算定の容易性を中心にして特例の要件を組み立てている。そうだとすれば、その制度設計の考え方には、疑問を提示する余地がある。この点についても、吉田・前掲注(50)72頁参照。

ある。広げても、「客観的負財」に準じるとの評価が可能で、(「準客観的負財」)までであろう。

(c) みなし放棄制度のジレンマと制度適用の方向性

ところで、みなし放棄制度の適用が問題になるのは、むしろ公共事業等での利活用が期待される所有者不明土地である。これらの土地は、一定の利用価値が備わっているわけであるし、通常は一定の財産的価値も認められるであろう。すなわち、これらの土地は、その所有者にとっては利用価値のない「主観的負財」であることはあっても、「客観的負財」には通常はならない。ここには、みなし放棄制度の適用が要請される土地についてはみなし放棄制度の正当化が困難であり、みなし放棄制度の正当化が可能で土地についてはその適用が要請されないという解決困難なジレンマがある。

みなし放棄制度は、基本的には、その正当化が可能で客観的負財についての適用を考えるほかないであろう。それは、環境・防災・国土保全等の観点から、客観的負財としての性格を持つ土地の所有権放棄を政策的に受け入れるという、2で述べた方向をさらに積極的に志向するものである。これに対して、公共事業等についての利活用が可能で一定の財産的価値を備えた土地についてはみなし放棄制度を適用することは、憲法上の財産権保障の観点から踏まえると、難しいといわざるをえない。

### (iii) 一定の財産的価値がある所有者不明土地の公的取得

それでは、一定の財産的価値があつて、客観的負財あるいは準客観的負財との性格づけが可能でない所有者不明土地については、公的取得が不可能なものであろうか。そのようなことはない。いくつかの可能性は開かれている。

第1に、みなし放棄制度の正当化が困難な土地でもやはり公的取得が必要な土地については、収用制度の活用を図ることができる。そして、それが正当な発想というべきである。円滑化法が行ったように、収用手続きの緩和を図ることは可能であるが、その場合にも、その正当化の根拠には、負財論の観点があることには注意を要する。

第2に、具体的に事例を挙げることは難しいが、ケースによっては、実際に所有権放棄の意思を認定しうる場合はあるであろう。この場合には、みなし放棄に訴える必要はない。所有権放棄の意思の認定に基づいて、当該土地の国庫（またはその他の帰属先）への帰属が認められる。これは、通常の法理の適用に他ならない。

#### 4 共有持分の放棄と放棄意思の認定

以上、2および3において、土地所有権放棄の可能性とその意思の認定について検討してきた。そこで検討した問題と同質の問題が、共有持分についても存在する。ただし、その現れ方は、同一ではない。

##### (1) 共有持分の放棄

###### (i) 民法の改正提案

所有権の放棄とは異なり、共有持分の放棄が可能であることは、民法の規定上明らかである（255条参照）。ここで問題になるのは、不動産所有権の放棄を条件付きで認めるという規定を民法に新設するという案を採用する場合に、共有持分の放棄については、無条件の自由を認めてよいかという点である。結論的には、共有持分の放棄についても、同様の考え方で民法改正を行うべきである。次のような改正案を提示しておきたい。

共有に関する第255条を次のように改める。  
第255条「共有者の一人が、他の共有者の同意を得てその持分を放棄したとき、又は死亡して相続人がいないときは、その持分は、他の共有者に帰属する。」

###### (ii) 若干の解説

①先に提案した所有権放棄に関する民法248条の2の新設においては、不動産だけを対象にして、国の同意を得ることを要件とする放棄を認めている。動産については、規定を設けず解釈に委ねるか、規定を新設する場合にも、「第三者の利益を害さない限り」という要件設定になる<sup>(53)</sup>。第三者を

特定することができないからである。

これに対して、共有の場合には、持分放棄が認められる場合にその帰属先となるのは、他の共有者である<sup>(54)</sup>。したがって、不動産だけでなく動産についても、「他の共有者の同意を得て」という要件設定が可能になる。そのようなわけで、上記の改正提案は、不動産だけでなく動産も適用対象にしている。

②「他の共有者の同意」の効力は、共有者ごとに生じる。たとえば、共有者が5人存在し持分は均等（各5分の1）と考えよう。共有者の1人Aが共有持分を放棄し、BCはそれに同意したがDEは拒絶する場合には、BCに対する関係だけで放棄の効力が生じ、BCは、Aの共有持分5分の1の2分の1を取得して10分の3の持分を得ることになる。DEは、5分の1の持分のままである。他の共有者のすべてが同意を拒む場合には、Aの放棄の効力は生ぜず、Aは、5分の1の持分を保持したままである。

##### (2) 共有持分放棄意思の認定

###### (i) 問題の所在

共有土地について共有者の1人が現実の占有、管理・使用を行っているが、他の共有者の多くが所在不明状態に陥っているというケースが少なくない。とりわけ、数次の相続を経た遺産共有の対象土地について、そのような事態が目立つ。このような場合に、占有・使用を行っている共有者以外の共有者について、共有持分放棄意思を認定することができれば、権利関係の集約を図ることが

<sup>(53)</sup> 注(32)にそのような案を挙げておいた。

<sup>(54)</sup> 共有の理解については、①共有物上に1個の所有権（共有権）が成立し、各共有者はこの1個の所有権の一部（持分）を有すると考える見解（単一〔分量〕説）と、②各共有者が1個の独立の所有権（持分権）を有し、共有物にはそれらの複数の所有権が集約した関係が成立すると考える見解（複数〔独立所有権〕説）の2つが存在する。民法の起草者は①の見解であったが、次第に②が有力になり、現在の通説となっている。しかし、本稿本文の記述は、①の単一〔分量〕説を前提としている。なお、学説の推移などについては、古積健三郎「共有における持分権の独立性」法時85巻9号（2013年）5頁以下参照。

でき、土地利用の合理化も図ることができるであろう。

この点に着目した政策提言もなされている。たとえば、日本不動産学会等の3学会は、共同相続人の1人が相続財産を現実に占有し、管理・使用を行い、その収益を独占し、公租公課も自己の名でその負担において納付している状況の下で、他の相続人が何ら関心を持たず、異議も述べない状態が継続している場合について、「他の相続人は、民法252条（ママ。民法255条が正しい——引用者）の共有持分の放棄の黙示の意思表示をしているものと評価」するという提言を行っている<sup>(55)</sup>。

## （ii）所有権放棄意思の認定との差異

先に、所有権に関するみなし放棄制度の可否について、若干の検討を行った。ここでは、憲法上の財産権保障との関係で、みなし放棄制度の正当化は、客観的負財を対象にするような場合でないとし、難しい旨を述べた。その前提としては、所有権の放棄については、単なる放置・管理放棄だけでは所有権放棄の意思を認定することが難しいという判断があった。

共有の場合において、持分放棄の意思を認定することが困難である場合にみなし放棄制度を導入することについては、帰属先が他の共有者になることから、今度は「私的収用」という問題点が出てくる。しかし、共有関係が存在し、共有者の1人によるその継続的な占有・使用が行われているにもかかわらず他の共有者による何の権利主張も公租公課等の義務負担もない場合には、他の共有者が持分を放棄していると認定する可能性は、所有権の場合よりも大きくなると考えることができる。共有者に1人が共有物を単独で占有・使用している場合において、他の共有者は、当然にその明渡しを求めることができるわけではない（最判昭和41年5月19日民集20巻5号947頁）。しかし、

かといって当該占有者の占有が適法なものになるわけではなく、他の共有者との関係では、不当利得返還義務を負う（最判平成10年2月26日民集52巻1号255頁参照）。他の共有者がこの不当利得返還請求権を行使しないことは、単独占有者の占有の適法性を認めていることを意味する。それは、所有地の放置よりも、権利放棄の意思を強く推認させるものと評価することができる。たしかに、共有関係が存在する場合に、人的関係を考慮して権利主張を控えるということは、一般的にはありうる。しかし、ここで問題となっているのは、占有者との関係で所在不明とされている者の権利主張である。そのような者の権利不行使は、やはり権利放棄の意思を推認させると評価してよいであろう。

このように見てくると、共有持分の場合には、所有権の場合よりもその放棄を認めることができる場合が広いといえる。そのような基本的考え方を認めた上で、他の共有者の権利主張のための手続きを保障するなどして、共有者の1人に権利を集約する手続きを設計することが求められる。なお、この手続きは、みなし放棄制度ではなく、あくまで持分放棄意思の認定のための手続きである。

## 5 相続放棄の可能性<sup>(56)</sup>

### （1）問題の所在

相続人が不存在の場合には、相続財産は、最終的には国庫に帰属する（民法959条）。相続人のすべてが相続を放棄する場合にも、相続人不存在ということになる。このようにして、不動産所有権放棄の場合と基本的に同様の法律関係がここで出現する。もちろん、相続を放棄すると、負財化した土地だけではなく、その他の財産についても承継する権利を失う。この点で、単なる負財化した土地所有権の放棄と相続放棄とは区別される。しかし、負財化した土地以外にはほとんど財産がな

<sup>(55)</sup> 日本不動産学会・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）3-4頁。  
<http://www.uhs.gr.jp/annai/180425teigen.pdf>

<sup>(56)</sup> この項の記述は、基本的には、吉田・前掲注(1)「裁判例の出現」9-12頁に基づきつつ、若干の補正を加えたものである。

いような場合には、所有権放棄と相続放棄とは、代替的な制度となる。負財化した土地所有権放棄の可能性をどのように考えるべきかが問題となるのであれば、相続放棄の可能性についても、同様の問題意識に基づく検討が要請される所以である。

## (2) 基本的法律関係

まず、相続人全員が相続を放棄する場合の基本的法律関係を整理しておこう<sup>(57)</sup>。民法は、「相続人のあることが明らかでないとき」は、相続財産を法人としている(民951条)。戸籍から明らかな相続人全員が放棄するときも、ここでいう「相続人のあることが明らかでないとき」に該当するので、相続財産法人が成立する。この法人は、被相続人の死亡と同時に法律上当然に成立するのであって、設立手続を経ることも、設立の登記も要しない。後に管理人選任は予定するが、管理人が選任された時点で相続財産法人が成立するのではない。このようにして、相続財産は、相続人が不存在であっても、無主の財産となることが回避され、相続財産法人を所有主体とする財産となる。

その後、家庭裁判所は、利害関係人または検察官の請求によって、相続財産の管理人を選任する(民952条1項)。この選任は、家庭裁判所によって遅滞なく公告される(同条2項)。この公告は、第1回目の相続人搜索の意味を持つ。この公告から2箇月以内に相続人のあることが明らかにならなかったときは、相続財産管理人は、相続債権者および受遺者に対して、一定期間内に請求の申し出をすべきことを公告しなければならない(民957条1項)。つまり、この期間内に相続財産の清算が行われるわけである。これは同時に第2回目の相続人搜索の意味を持つ。この期間満了後なお相続人が現れない場合には、さらに第3回目の公告を行い(民958条)、それでもなお相続人としての権利主張がなかった場合には、相続人は失権す

る(民958条の2)。それと同時に、相続債権者および受遺者も失権する(同条)。その上で、特別縁故者への相続財産分与手続が行われ(民958条の3)、それでも財産が残る場合には、残余財産が国庫に帰属する(民959条)。

## (3) 負財の場合の問題状況

ところで、ここでは、相続財産が、所有者が所有権放棄を希望するような負財化した土地によって構成される場合を想定している。そして、相続人が、実際に相続を放棄すると想定するわけである。それでは、(2)で整理した基本的法律関係は、このような想定を踏まえると、現実にはどのようなことになるのであろうか。

### (i) 相続財産管理人の不選任

生じうるケースの中で最も蓋然性が高いのは、相続財産管理人の選任手続が行われないという事態である。

相続財産管理人の選任は、利害関係人の請求に基づいて行われる。指摘する必要があるのは、この請求に際しては、家庭裁判所に予納金を納付する必要があることである。管理人の報酬に充当するためである。この額は、地域によってもケースによっても異なるようであるが、30万円程度から100万円に至ることもあるという<sup>(58)</sup>。

利害関係人の代表的存在は相続債権者である。しかし、債権者には、債権回収を期待できない相続財産のために、このように費用のかかる管理人選任手続を行うインセンティブはまずないであろう。それでは、相続を放棄した者はどうか。これについては、まず利害関係人に当たるかが問われる。相続人不存在に関する手続を進めることは一般的には積極的に評価すべきであるから、放棄相続人にも請求資格を肯定すべきだと考える。しかし、そのように考えたとしても、相続を放棄した者が、大きな負担を覚悟してまで管理人選任手続

<sup>(57)</sup> 以下の記述の基礎になる制度理解は、引用頁を個々には記載しないが、基本的には、谷口知平=久喜忠彦編『新版注釈民法(27)相続(2)相続の効果』(有斐閣、1989年)646頁以下〔金山正信〕によっている。

<sup>(58)</sup> 管理人の報酬は、相続財産から支弁されるので、予納金は、後日、返却されるはずである。しかし、相続財産が負財で構成される場合には、それも期待することができない。

を請求するかどうかは分からない。

このようにして、最もありうるのは、この選任手続が請求されないまま時間が経過するという事態であると想像されるのである。そうすると、最終的な国庫帰属という結果は生じないことになる。

## (ii) 管理人不在の場合の法律関係

相続財産管理人不在で手続が前に進まない、相続財産が相続財産法人に帰属しており、その管理に当たる者が存在しないという法律関係が継続することになる。管理不全状態の継続である。それでは、この管理不全が何らかの法的責任を惹き起こすことはあるのだろうか。たとえば、管理不全に起因して何か事故が生じたときの責任関係は、どのようになるのだろうか。

抽象的には相続財産は法人格を有するので、このような場合には、一応は相続財産が責任主体ということになる。しかし、その責任を追及しようとしても、管理人が不存在なので、それは現実的には不可能である。仮に被害者が利害関係人として管理人選任の手続を行ったとしても、ここで想定しているのは負財であるから、相続財産から損害賠償を得るのは難しい。そうすると、被害者が管理人選任手続を行うことも期待できない。

それでは、相続を放棄した者に対して何らかの法的責任を追及する可能性はどうだろうか。まず確認すべきことは、相続放棄者は、その放棄によって相続人となったものが相続財産の管理を始めることができるまで、相続財産の管理を継続しなければならないとされていることである（民法940条1項）。相続を放棄した者は、初めから相続人にならなかったものとみなされるから（民939条）、相続財産とは何の関係もないはずである。しかし、放棄とともに管理を止めると、相続財産の価値が毀損され、他の相続人や相続債権者に損害を与えるおそれがある。そのような事態を避けるために、比較法的には例のないこの規定が設けられたのである<sup>(59)</sup>。このように、同条による注意義務（自己の財産における同一の注意義務）は、

相続財産の価値の維持保全に向けられたもので、第三者の権利利益に向けられたものではない。そうだとすると、この規定を直接の根拠として、第三者の被害に対する相続放棄者の責任を認めることができるかは、定かではない。

他方、民法709条に基づく不法行為の成立は、一般的には可能である。しかし、不法行為成立のために必要な過失要件の充足を立証することは、相続放棄者については、多くの場合において困難だといわざるをえない。

それでは、民法717条の土地工作物責任が成立する可能性はどうだろうか。山林ケースでは、同条2項の「竹木の栽植又は支持に瑕疵がある場合」に該当するケースはありうるであろう。また、空き家が放置されているようなケースでは、同条1項の責任が成立しうることには問題はない。問題は、相続放棄者を、土地工作物責任の第1次的な責任者である「占有者」と評価することができるかである。通説は、工作物を事実上支配していることが「占有者」とされるために必要だと考えている。しかし、相続放棄者は、一般的にはそのような支配を行っていない。これに対して、民法717条1項の「占有者」を、工作物を支配管理すべき地位にある者という形で拡大して捉える見解もある<sup>(60)</sup>。この見解に立つと、先の民法940条1項を介して相続放棄者を「占有者」と見る可能性が開かれてくる。しかし、この解釈が採用されるかは、定かではない。

このようにして、相続放棄の対象になった財産の管理不全について法的責任を追及することは、結論的には相当に難しいといわざるをえない。

## (iii) 事態打開の方向

以上の法律関係をやむをえないとして放置することもありうるかもしれない。しかし、対応策を講じることができるのであれば、そのほうが望ましいことはたしかである。

1つの方向は、そのような責任回避的な相続放棄の効力を否定することである。所有権放棄につ

<sup>(59)</sup> 谷口=久喜編・前掲注(57)604頁〔山木戸克己=宮井忠夫〕。

<sup>(60)</sup> たとえば、潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2011年）264頁。

いては、そのような責任回避的放棄の効力を否定する方向を先に提示した。しかし、結論的には、所有権放棄とは異なり、相続放棄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。そうであれば、負財で構成される遺産の相続を拒否することは、相続放棄の本来の趣旨から逸れるものではないと評価することができるからである。所有者としての地位の放棄と、所有者たりうる地位の放棄とは、やはり同列に論じることができない。また、相続の放棄は、負財だけではなく被相続人に属する全財産の承継の否定をもたらすものであるから、所有権放棄についての問題の1つであるモラルハザードをもたらす危険は、相対的には小さいものと評価することができる。これも、相続放棄についてはその自由を認める方向に傾く事情の1つである。

もう1つの方向は、国が積極的にそのような相続財産の受入れを目指して動くことである。一般的には、相続放棄の対象になるような負財の受入れに国が積極的になることは、想定しがたい。しかし、先に、土地所有権放棄に関して、国土政策の観点からの国の政策的受入れの可能性を指摘した。この方向がありうるのであれば、相続放棄ケースにおいても同様の政策的スタンスを採用することがありうるというべきである。相続を放棄された管理不全地については、先に見た事故ケースにおける責任者不在という問題だけでなく、近隣の合理的な土地利用に対して悪影響を及ぼすという、より一般的なレベルの問題もある。負の外部性の存在である。ともあれ、ここで根本的に問われるのは、そもそも国がこのような政策を採用すべきか、採用すべきだとして、どのような場合に具体的に介入すべきかである。不動産負財化の進行の中で、国土管理に関する国の責務をどのように考えるかが、問題の根底にある。

国の政策的介入の方向を採用する場合には、その現実化のために、国に相続人不存在の場合の手

続を進める権限を認める必要がある。検察官による相続財産管理人選任の請求は可能であるので（民952条1項）、これを活用するか、あるいは国による直接の選任請求を認めるという方向も考えられる。また、国庫帰属までの手続を緩和することも考えられる。他方で、管理不全状態に陥っている所有者不明に対する問題関心の高さという点では、市町村のイニシアティブに期待するという考え方もありうる。つまり、市町村を相続財産管理人選任の申立権者として認めるということである。この方策は、すでに実現している<sup>(61)</sup>。この延長線上に、市町村を相続人不存在の場合の遺産の帰属先と位置づけるという構想もありうるであろう。

## 6 所有権放棄土地等の帰属先

### (1) 問題の所在

現行制度の下では、これまでも何回も確認してきたように、無主の不動産は、国庫に帰属する（民法239条2項）。相続人が不存在の場合の相続財産も、最終的には国庫に帰属する（民法959条）。しかし、その後の財産管理やその利活用の可能性を考慮に入れる場合には、帰属先を国庫に限定するのではなく、それ以外の帰属先を考えることも検討に値する。

### (2) 国以外の帰属先の可能性

#### (i) 市町村への帰属

放棄土地等の国以外の帰属先としてまず考えられるのは、市町村である。この点では、フランスの経験が参考になる。フランス法においても、伝統的には、無主の不動産は国庫帰属であり（フラ

<sup>(61)</sup> 先に触れた「円滑化法」（2018年6月6日成立）は、「所有者不明土地につき、その適切な管理のために特に必要があると認めるときは」、財産管理に関する必要な処分命令（民法25条1項、不在者財産管理人の選任）の請求とともに、相続財産管理人の選任の請求（民法952条1項）をすることができるものと定めている（38条）。この点については、法案段階の検討であるが、吉田・前掲注(1)「課題」55-56頁参照。

ンス民法典 713 条<sup>(62)</sup>、また、全相続人が放棄する場合を含む相続人不存在の場合の相続財産は、「国有財産に帰属する」(同 539 条)ものとされていた。この原則は、長らく当然のものと考えられてきたが、1980 年代の地方分権化の進展を受けて、見直しが求められるようになった。そのような動向を受けて、2004 年 8 月 13 日の「地方公共団体の自由と責任に関する法律」第 809 号によって、無主の財産は、市町村に帰属すると改正が実現したのである(新 713 条)<sup>(63)</sup>。ただし、市町村がその権利を放棄する場合には、無主の財産の所有権は法律上当然に国に移転する(同条)。また、相続人不存在の場合に関しては、国庫帰属原則が再確認された(新 539 条)。

もともと、この改正も、抵抗なく実現したわけではなかった。1990 年代頃から数次の改正提案が国会に上程されたが、さまざまな抵抗に遭遇してなかなか成立せず、2000 年代に入ってようやく上記の改正が実現したのである。

1990 年代末に国会に上程されたある改正案は、無主の不動産と相続人不存在の場合の相続財産の両者について市町村帰属という構想を提示した。その『提案理由説明』は、地方分権化が進展しているにもかかわらず、無主の不動産について国庫帰属の原則が変えられていないのは驚くべきことだと指摘した上で、「市町村は、どのような財産が無主のものとなる可能性があるか、その使用をどのようにすれば市町村の利益になるかを〔国より〕よく知っている」ことを強調することによって、その構想の正当性を論証しようとしている<sup>(64)</sup>。

しかし、この法案は、結局挫折した。同法案の検討に当たった主査委員会は、元老院にその結果を報告するに際して、現行制度の下での問題点として、国の消極性と手続きの遅さを指摘した。しかし、同報告は同時に、市町村帰属にする場合に、相続人不存在の際に必要な手続きの責任を取ることに伴う困難性や、この手続きに伴う費用負担の問題などの問題が生じることを指摘し、また、無主の不動産が国に帰属する基礎には国土に関する国家高権の考え方があるが、その考え方を問題視することにつながらないかなどの問題点を指摘して、結局、法案に反対の見解を提示したのである<sup>(65)</sup>。

無主の不動産の市町村帰属の考え方を採用した 2004 年法は、他方で相続人不存在の場合については従来の考え方を維持することになっている。このような立法政策が採用されたのは、上記のような批判を意識してのことと思われる。2004 年法は、このように、改革の射程を限定する形で実現した改革であった。しかし、それでも、議会審議においては、無主の不動産の市町村帰属を認めることは、市町村の過重負担にならないかなどが指摘され、その観点から、法案撤回動議が提出されるなどした<sup>(66)</sup>。市町村帰属とする場合の市町村の負担の問題は、たしかに考慮しておくべき要素である。

所有権放棄地の市町村帰属を、地方分権の観点および問題となる土地との距離の近さで正当化するという考え方は、基本的には正当だといってよい。日本においても、市町村帰属の考え方を真剣に検討すべきように思われる。しかし、同時に、

<https://www.senat.fr/leg/pp198-325.html>

<sup>(65)</sup> Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Bernard JOLY tendant à permettre la dévolution directe de tous les biens vacants et sans maître à la commune en lieu et place de l'Etat, fait par M. Pierre JARLIER, N° 208, Sénat, Session ordinaire de 1999-2000. Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2000. <https://www.senat.fr/rap/199-208/199-2080.html>

<sup>(66)</sup> Séance du 15 novembre 2003 (compte rendu intégral des débats), <https://www.senat.fr/seances/s200311/s20031115/st20031115000.html>

<sup>(62)</sup> この条文は、「無主の財産は、国に帰属する」と規定するが、この「財産」が不動産だけを意味することについては、フランスの学説上、異論のないところである。

<sup>(63)</sup> 小柳・前掲注(1)681-682 頁も参照。また、より一般的には、ナデージュ・ルブール＝モパン(小柳春一郎訳)「フランス法における土地所有権放棄:考察すべき諸要素」獨協法学 100 号(2016 年)205 頁以下を参照。

<sup>(64)</sup> Proposition de loi, tendant à permettre la dévolution directe de tous les biens vacants et sans maître à la commune en lieu et place de l'Etat, présentée par M. Bernard JOLY, N° 325, Sénat, Session ordinaire de 1998-1999, Annexe au procès-verbal de la séance du 28 avril 1999.

その場合には、フランスの議論からも示唆されるように、市町村の負担をどのように考えるか、場合による国庫からの財政的援助を含めた国の支援の可能性も合わせて考えておく必要がある。

また、法技術的には、市町村を受け皿機関と位置づける場合には、同意を条件とする国庫帰属という考え方を維持したまま、市町村帰属が適切な一定の土地については、市町村が寄付（贈与）を受け入れることを前提に国が同意を拒絶するという形も考えられる。ここでは、国が市町村に対して当該土地の受入れを要請するという形になろう。この辺りは、さまざまな柔軟な制度設計が可能であろう。

#### (ii) それ以外の公的機関への帰属

現在のフランス民法典には、無主の不動産の市町村帰属の可能性のほか、「海岸・湖岸環境保全局 (conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres)」や「自然空間地域圏保全局 (conservatoire régional d'espaces naturels)」などへの帰属を認める可能性も規定されている(713条2項1号)。2016年の自然環境保護の領域における法改正<sup>(67)</sup>によって導入された制度である。これらの帰属先は、いずれも環境保護に特化した公施設法人である。当該放棄土地を環境政策上積極的に位置づけることが可能である場合に、それに適した機関を帰属先とし、適切な管理を確保する趣旨であろう。

ここに示されているように、その所有権を放棄された土地の帰属先については、国や市町村以外にも、その土地を受け入れる趣旨に即して、さまざまな可能性がありうる。「登記制度研究会」の『中間取りまとめ』も、「国、地方公共団体、ランドバンク等」を受入れ可能な機関として挙げた上で、いずれが適切かは、「財政負担の観点等から考える必要があるとの意見」や「土地がいったん国庫に帰属した場合には、利用要望があったとしても法令の範囲内での対応が求められることから、帰属

後の土地利用の在り方の観点を含めた議論が必要であるとの意見」があった旨を紹介している<sup>(68)</sup>。しかし、いまだ明確な方向は提示されていない。今後の検討の深化が期待される<sup>(69)</sup>。

その際には、国、地方公共団体以外の団体を直接の帰属先にする可能性のほか、国や地方公共団体を帰属先にした上で、その後当該土地の管理に適格性を認められる機関に所有権を移転したり、管理を委託したりするなどの形も考えられるであろう。また、(i)で指摘したように、そのような機関への寄付を要請するという方向もありうるであろう。ここでも、多様な方策を柔軟に構想していくことが望ましいと考える。

<sup>(68)</sup> 前掲注(2)『中間取りまとめ』7頁。

<sup>(69)</sup> すでに一定の検討は存在する。たとえば、石田光曠「アメリカランドバンク制度の概要と日本版構想」月報司法書士554号(2018年)39頁以下は、アメリカの制度に示唆を求めつつ、日本版ランドバンク構想の概要を提示している。

<sup>(67)</sup> 「生物多様性、自然および景観の回復に関する2016年8月8日の法律第2016-1087号」による民法713条の改正である。