

特集 人口減少社会における土地の管理不全防止を目指す制度の構築その2

土地所有権の放棄：法制審議会の承継取得制度提案

獨協大学 法学部 教授 小柳 春一郎
こやなぎ しゅんいちろう

はじめに

法務大臣による法制審議会諮問第107号（2019（平成31）年2月14日）は、「土地所有権の放棄を可能とすること」の検討を求めた¹。

土地所有権放棄では、「所有者のない不動産は、国庫に帰属する。」と規定する民法239条2項が問題になっていた²。法制審議会民法・不動産登記法改正部会³（以下、「部会」という。）の第2回会議（2019（平成31）年4月23日）提出の部会資料2は、「所有権を放棄する旨の一方的意思表示により、土地が無主となり、直ちに帰属先機関に帰属する」⁴メカニズム（民法239条2項型原始取得）を前提にしていた。「民法・不動産登記法（所有者

不明土地関係）等の改正に関する中間試案」（2019（令和元）年12月3日、以下「中間試案」という。）やその後の、第16回会議（2020（令和2）年8月4日）も同様であった。

ところが、部会事務局は、第19回会議（2020（令和2）年10月6日）で、民法239条2項とは無関係の仕組みを提案した。それは、「認定処分がされた場合には、土地の所有権を所有者から承継取得する」制度である⁵。第19回会議提出の部会資料48は、承継取得制度への変更の理由について、第16回会議での新規提案である「土地所有権の放棄は原則的にできないとの規律を民法に設けること」に対し批判があり、「改めて検討」した結果、これまで検討してきた民法239条2項型土地所有権放棄制度を離れて、承継取得方式に転換した、と述べた⁶。

¹ 「諮問第百七号民法及び不動産登記法の改正について」（<http://www.moj.go.jp/content/001284667.pdf>）。また、国土審議会土地政策分科会企画部会「中間とりまとめ～適正な土地の「管理」の確保に向けて～」（2019（令和元）年12月）は、「将来の相続による所有者不明土地等の発生を抑制し、災害発生時の対応を含め将来の利用の障害を可能な限り小さくする観点から、土地の所有権の放棄を可能とし、最終的に国に土地を帰属させるための手続を設けることを検討する必要がある。」と述べた（「中間とりまとめ～適正な土地の「管理」の確保に向けて～」21頁 https://www.mlit.go.jp/policy/shingikai/totikensangyo02_sg_000165.html）。

² これは、動産では、「所有者のない」（無主）動産は、「先占」による所有権取得（原始取得）が認められる（民法239条1項）のと対照的な規定である。

³ http://www.moj.go.jp/shingil/housei02_00302.htm 1は、同部会の各回の部会資料及び議事録を提供する。本稿は、同部会の議事録、部会資料を引用するが、その典拠は上記サイトである。

⁴ 第2回会議提出の「土地所有権の放棄 民法・不動産登記法部会資料2」1頁。

⁵ 「相続を契機にして取得した土地の国への所有権移転（いわゆる土地所有権の放棄） 民法・不動産登記法部会資料48」1頁注(1)。

⁶ 「第16回会議においては、土地所有権の放棄は原則的にできないとの規律を民法に設けることについては、実態に即したのものとして国民からの理解が得られやすいとしてこの提案に賛成する意見もあったが、不動産については、法令に特別の定めがある場合を除き、その所有権を放棄することができないものとする規定を民法に設けると、動産の所有権放棄の可否についての議論にも影響を及ぼす可能性があることなどから、反対する意見が複数あった。

改めて検討すると、土地が適切に管理されることなく放置され、所有者不明土地や管理不全土地になることを防止するために、土地所有者がその土地の所有権を国に帰属させることを可能とすることがこの制度の創設の

第 19 回会議での議論の帰趨及び事務局の対応は、本稿執筆時点では、議事録が公開されていないため、明らかではないが、法制審議会の答申間近の提案であると考え⁷、以上の承継取得方式への変更は重要であり、妥当かが問題になる。

承継取得方式への変更のきっかけは、第 16 回会議での「土地所有権の放棄は原則的にできないとの規律を民法に設ける」との提案に賛成が得られなかったことである。ところで、部会は、民法 239 条 2 項型土地所有権放棄について、当初は、《民法は、土地所有権放棄を禁止してないが、それが権利濫用等になる場合は、放棄は無効である。(そして土地所有権放棄の場合は、権利濫用等になる場合が相当多い。))》という伝統的かつ(筆者から見れば)納得しうる立場であった。例えば、第 2 回会議提出の部会資料 2 は、「土地所有権の放棄を認めるための要件の設定は、所有権放棄が権利濫用に該当しないと考えられる場合を類型化すること」と述べた(5 頁)⁸。

それでは、なぜ、部会事務局は、第 16 回会議で、「土地所有権の放棄は原則的にできないとの規律を民法に設ける」提案をしたのか？

一つの理由は、部会の議論において、土地所有権放棄は原則として許されないという主張があり、また、中間試案が放棄の「認可」について厳しい要件を課したことによる。

筆者の考えによれば、もう一つの理由がある。それは、事務局提案が、第 10 回会議以降、土地所有権放棄「認可制」(中間試案の補足説明によれば、

「認可制(私法上の法律行為の効果を完成させるために認可の行政処分を介在させる)⁹」仕組み)を採用したことである。

講学上の認可制では、「法律行為の効果を完成」するには、(補充行為としての)認可が必要であり、補充行為のない基本行為はその効果の完成が妨げられる。土地所有権に関する具体例として、農地法 3 条 1 項は、農地及び採草放牧地の所有権移転等については、知事等の「許可」(その性質は、講学上の「認可」)を受けなければならない旨を規定するが、同条 6 項は、「第一項の許可を受けなかった行為は、その効力を生じない。」と定めている。それ故、土地所有権放棄について認可制を採用すると、補充行為(=認可)のない基本行為(=放棄の意思表示)の効果の完成が妨げられていることの明示が必要になり、農地法 3 条 6 項類似規定として、「土地所有権の放棄は原則的にできないとの規律を民法に設ける」ことが要請される。

しかし、これは、大胆な提案であり、動産所有権放棄とのバランスの問題などの理由で、第 16 回会議では批判を呼んだ。この結果、部会事務局は、民法 239 条 2 項型土地所有権放棄制度新設を断念し、立案準備の最終段階で「改めて検討」して、従来と異なる原理に基づく立法に向かった。部会第 19 回会議の事務局提案は、民法 239 条 2 項型土地所有権放棄については新規の制度を設けず、合意型の土地所有権移転に、従来の民法 239 条 2 項型土地所有権放棄で検討した要件に類した厳格な要件を定めた¹⁰。

これに対して、本稿は、本稿準備の研究会等での議論、とりわけ吉田克己の指摘に示唆を受けて、所有者不明土地問題の解決に資するための土地所有権放棄・移転制度として、①土地所有権放棄(民

目的である。これまで、民法第 239 条第 2 項を前提に、土地所有者の申請を受けて所有権放棄を認可する行政処分をすることにより土地を所有者のないものとし、同項によりその土地を国庫に帰属させるという構成をとることを提案してきたが、最終的に土地を国に帰属させることが目的なのであれば、行政処分によって土地所有権が国に移転するとした方が直截であると考えられる」(部会資料 48 の 4 頁)。

⁷ 当初の予定では、「夏までに法制審の答申がなされれば、答申に基づく民法と不動産登記法の改正案が秋の臨時国会にも提出される見通し」とされていた(久保田正志「法務及び司法行政に関する主な課題」立法と調査(2020 年 2 月号) 421 号) 41 頁。

⁸ 部会資料 2 の 5 頁。

⁹ 「民法・不動産登記法(所有者不明土地関係)等の改正に関する中間試案の補足説明」 157 頁。

¹⁰ なお、筆者は、フランス民法典 2004 年改正後の 713 条(後述)が示すように、土地所有権放棄の受け皿として国よりもむしろ市町村が適切であると考えてきたが、今回の改正では、市町村委員がこれに反対であり(「土地所有権の放棄に関する意見全国市長会経済委員会」(第 9 回会議(2019(令和元)年 10 月 29 日)提出資料))、この点の検討は行わない。

法 239 条 2 項型原始取得)と②合意型土地所有権移転(承継取得)の二元制度を提案したい。①は、要件を明確に定め裁量の余地をなくし、民間(ランドバンク等)への業務開放を可能にするための「確認」制度とする(建築確認における民間建築主事制度類似)。確認を得た場合、土地所有権放棄が権利濫用に該当しない場合であるとして、国が登記に協力するものとする事で、実効性を確保する。②は、要件を厳格に定めず、国(や市町村)に裁量の余地を与えることで、国にとって不利となる土地であっても、所有者の状況に応じて、国が土地を受け入れる対応を可能にする。

以下では、まず、伝統的な土地所有権放棄論(民法 239 条 2 項型原始取得)に関連して最近に至るまで多くの行政実務、裁判例、学説は、《民法は、土地所有権放棄を禁止してない。》と論じてきたこと、そしてそれは母法であるフランス法やボワソナードに照らして正当であることを指摘する(⇒1.)。

これに続けて、部会では、どのような議論の展開があったかを論ずる。部会では、当初は、《民法は、土地所有権放棄を禁止してない。》という立場を前提に、《放棄が権利濫用等になる場合は、放棄は無効である。》という考え方であった。ところが、議論の過程で土地所有権放棄は認められない旨の発言が登場した。ついには、土地所有権放棄の認可制とも関連して、「土地所有権の放棄は原則的にできない」旨の民法規定新設提案が行われた。これに対して部会の審議での批判がなされると、事務局は、法案準備の最終段階で立場の転換を行った(⇒2.)。本稿は、「おわりに：制度改善の方向」において、以上の流れとは異なる構想が可能なことを論ずる。

1. 法制審議会部会審議前の状況：日本法及びフランス法での土地所有権放棄

以下では、近時の日本の土地所有権放棄論の主流が《民法は、土地所有権放棄を禁止してない。》であったことを、学説、判例、登記実務について検討し(⇒(1))、その後、母法及びボワソナ

ードの見解も、民法上は土地所有権の放棄は可能という立場であったことを指摘し、日本の主流的学説及び実務の在り方は比較法的に見ても正当化しうることを論ずる(⇒(2))。

(1) 近時の日本における土地所有権放棄論の登場 ア. 物権の放棄

多くの学説によると、物権は、物を直接に支配する排他的権利であり、放棄は、単独行為でなされる¹¹。地上権のような、放棄による直接の利益を得る者(所有者)がいる場合には、放棄は、その者に対する意思表示(相手方のある単独行為)による。これに対し、所有権の放棄は、相手方のない単独行為になる¹²。実際、大阪高判昭和 58 年 1 月 28 日判タ 506 号 101 頁は、(土地の)「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」としている。放棄が有効であれば、動産は、無主の動産になり、先占の対象となるが、不動産は、国庫に帰属する(民法 239 条 1 項、2 項)¹³。放棄が許されない場合もあり、放棄が公序良俗に反する場合(例として、遺骨・遺骸の放棄を公序良俗違反とする大判昭和 2 年 5 月 27 日民集 6 巻 7 号 307 頁)、他人の権利を害する場合(抵当権の目的となった地上権等の放棄は、抵当権者に対抗できないとする 398 条)、権利の濫用となる場合などがある。

イ. 土地所有権の放棄

所有者不明土地問題顕在化前においても、土地所有権放棄について一定の議論があった。そこでの登記先例は、基本的判断枠組みを示した(⇒(ア))。また、所有者不明土地問題登場後の、裁判例も重要である(⇒(イ))。学説は、伝統的に

¹¹ 例えば、河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012 年)182 頁。

¹² 例外として、承役地所有者による地役権必要部分の土地所有権放棄(民法 287 条)は、相手方(地役権者)のある単独行為による(川島武宜・川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』(有斐閣、2007 年)960 頁[中尾英俊])。

¹³ 広中俊雄『物権法(第二版)』(青林書院、1987 年)134 頁は、無主物とする土地所有権放棄を「認める必要はない」と述べるが、理由は不明である。

は、民法は土地所有権の放棄を否定していないとするのが主流であった。地租改正や植民地において、国が無主不動産の帰属を行っていた以上、これは、自然な立場であったと考えられる。そして、それは近時の状況でも変わらない（⇒（ウ））。

（ア）登記先例

a. 民事局長回答昭和41年8月27日付民事甲第1953号

著名な登記先例は、民事局長回答昭和41年8月27日付民事甲第1953号民事局長回答である¹⁴。これは、横浜の神社の土地の一部が崖地で崩壊寸前であり、防止の「工事に要する費用が数千万円を見込まねばならず、到底神社においては、これを負担する資力はなく」という理由で、土地所有者が、土地所有権放棄は可能か及びその場合の登記手続を照会したところ、法務省回答は、「所問の場合には、所有権の放棄はできない。」と述べた。

法務省民事局高官は、最近、同回答について、「この先例の結論自体は妥当ということで間違いないでしょうし、実質的にも、相続人の誰から必要とされていない土地を相続人の放棄により国が引き取って、国民の税金でその土地を管理していくのは、国民の理解を得難いように思います。」と述べた¹⁵。この段階では、個別案件への対応のみが問題であり、民法との関連は議論されていない。

b. 昭和57年5月11日民三3292号回答

土地所有権放棄関連登記先例として、興味深いものとして、昭和57年5月11日民三3292号回答がある。これは、昭和55年5月21日付富弁高照発第7号富山県弁護士会長照会（固定資産税賦課を免れるための土地所有権放棄の可否）に対する回答であり、「土地の所有権を放棄する者が単独でその登記を申請することはできない。」とした。

雑誌『登記研究』での解説（法務省民事局担当

者執筆）¹⁶は、その理由を次のように述べた。

①「物権の放棄は、物権を消滅させることを目的とする単独行為であるが、この放棄が実体法上有効であるためには、これによって他人の利益を侵害する等、権利の濫用にわたらないことが必要とされる」。②「他に権利濫用・公序良俗違反といった事情がないのであれば、土地所有権を放棄することは、一応可能である」。③「土地所有権の放棄は、……登記なくしてこれを第三者に対抗できない。……問題は、その登記申請の方法である。……単独申請を認める特別の規定は存しないのであるから、その登記は、原則どおり登記権利者と登記義務者の共同申請による」。④「我が民法下における不動産所有権の放棄は、……放棄することによりそれを国庫に帰属せしめる相対的放棄である」。⑤「放棄によって（移転の）利益を受ける国（国庫）は、不動産登記法上の登記権利者に当たる……土地の所有権を放棄する場合に、その登記は放棄者の単独申請によることができない」。⑥「土地所有権を放棄しようとする者は、国がその登記に協力しないときは、国に対して登記引取請求訴訟を提起しなければならない」。もともと、⑦「一般に土地所有権を放棄せざるを得ない状況というのは売買や贈与のような手段では引取り手のないような土地について生ずることが多いものと予想され、そのことは、逆にいえば、その放棄が権利濫用や第三者の権利侵害に当たる可能性が高い」。

以上の解説は、《民法は、土地所有権放棄を禁止していない。》を前提とし、具体的には《それが権利濫用等になる場合は、放棄は無効である。（そして土地所有権放棄の場合は、権利濫用等になる場合が相当多い。）》という論理であり、説得力を有する。

（イ）裁判例

近時著名な裁判例は、広島高裁松江支判平成28年12月21日訟務月報64巻6号863頁（LEX/DB

¹⁴ 「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頁。

¹⁵ 櫻井清＝中辻雄一郎＝藤原啓志＝山野目章夫「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）58頁〔中辻発言〕。

¹⁶ 登記研究418号（昭和57（1982）年10月号）「訓令・通達・回答」92頁、法務省民事局編『登記関係先例集 追加編VI』（テイハン、1983年）1173頁。

文献番号 25545271) である¹⁷。本件原告は、2 筆からなる本件土地の所有者かつ登記上の所有名義人である。原告は、本件訴訟提起をもって本件各土地の所有権を放棄する旨の意思表示をしたことにより、その所有権を喪失し、本件各土地は所有者のない不動産となり、民法 239 条 2 項により、被告（国）が本件各土地の所有権を取得したと主張して、被告に対し、本件各土地について、本件訴訟提起の日である平成 26 年 10 月 23 日付での放棄を原因とする原告から被告（国）への所有権移転登記手続をすることを求めた。これは、先述の昭和 57 年 5 月 11 日民三 3292 号回答に従った手順である。

これに対して、被告である国は、原告による本件所有権放棄は、「権利濫用又は公序良俗違反（以下「権利濫用等」という。）に当たり無効であるから、本件各土地の所有権は被告に移転していない。」と主張した。その理由は、「被告は、極めて小さい利益を得るにとどまるのに対し、多額の経費を負担しなければならないのであるから、本件所有権放棄は、一方的に被告に不利益を負わせ、結果として国民全体にその不利益を負担させるものであって、社会的相当性を欠く」というものである。

松江地判平成 28 年 5 月 23 日訟務月報 62 巻 10 号 1671 頁（第 1 審）は、原告の請求を棄却した。理由は、「原告は、本件所有権放棄をすれば、本件各土地に関する負担ないし責任が原告から被告に移転することになると認識していた…原告による本件所有権放棄によって、原告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…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ると評価せざるを得ないのであって、（本件放棄は…小柳注）権利濫用に当たり許されない」である。

高裁判決は、「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、控訴人による本件所有権放棄は権利濫用等に当たり無効であり、被控訴人は本件各土地の所有権を取得していないから、控訴人の請求はいずれも理由がなく、これらを棄却した原判決は相当」と判示した。

以上の判決で特徴的なのは、国側は、土地所有権放棄はおおよそ民法上許容されていないとは主張せず、土地所有権放棄は一般論として可能であるが、しかし、権利濫用等に該当する場合は無効であると主張したことである。そして、判決もその論理の流れを採用した¹⁸。

（ウ）学説

土地所有権放棄に関する研究は多いが、ここでは、二つの重要なものを取り上げる。

a. 田處博之

田處博之は、ドイツ法及び日本法についての詳細かつ有益な研究をもとにしながら、次のように論じた。

「不動産の所有者は、所有者として処分権を有する以上、自由にその所有権を放棄することができるといわざるを得ない。もちろん、所有権放棄も一つの法律行為であるから、公序良俗に反したり、権利濫用であったりすることは許されない。しかし、学説の一部でもいわれていたように、物権の放棄が公序良俗違反となるのは例外的な場合に限られるというべきである。所有権を放棄するというのは、ほとんどの場合、その物が所有者にとつ

¹⁷ 本件判決は、共有持分放棄が権利濫用に該当するかに関する東京地判令和 1 年 9 月 12 日（LEX/DB 文献番号 25581788）で引用されている。本判決の評釈として、松尾弘「土地所有権の放棄が権利濫用等に当たるとされた事例」法学セミナー 760 号（2018 年）120 頁、小柳春一郎「土地所有権放棄と権利の濫用」新判例解説 Watch 24 号 57 頁（2019 年）。

¹⁸ なお、原告は、高裁において、「一般条項を適用して権利を制限する場合、その前提として、抽象的な文言から当該事案を結論付けるに足る規範を定立する条文解釈が必要であるところ、原判決（地裁判決のこと…小柳注）は、これを行うことなく結論を導き出し」と主張したが、高裁判決は、「権利濫用（民法 1 条 3 項）及び公序良俗違反（同法 90 条）といった一般条項の適用の有無は、事案ごとに個別具体的に判断されるものであるから、必ずしも当該事案を結論付けるに足る規範の定立までは要求されない」と述べた。

て価値がなく所有し続けることが負担でしかないときである。したがって、所有権放棄とは、その実、義務や負担の回避でしかない。しかし、それを、つまり要らないから捨てるということを、それだけで公序良俗違反とか権利濫用とみることはできないように思う。」¹⁹。

田處は、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎（穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲）『帝国民法正解』が「無主の不動産の一例として、個人所有の沃野（地味の肥えた平野）が高潮や洪水などで不毛となって遺棄されると無主物として国有に帰するとし」たことなど、古い文献の相当数が土地所有権放棄を可能としていたことを指摘した。これは、植民地などで、無主物法理による国有財産拡大を行っていた明治・大正時代の日本においては、自然なことであつたと考えられる。

更に、田處は、所有権放棄と民法 206 条の関係について、次のように論じている。

「民法二〇六条にいう処分との関係では、放棄（より一般的には、譲渡を含めて権利の処分一般）を同条にいう法律的分とみすることは、許されるか。これを許されないとするかつての通説（近時の有力説）の指摘はもっともであつて、正確さを期すならば、まさしくその通りであるといわざるを得ないと思う。しかし、所有者が所有する物（の所有権）を譲渡や放棄できる（処分できる）こと自体に違いはないのであつて、それを所有権の一権能とみるべきでないことにどのような実質的意味があるのか。その濫用等に対する制約を考える際にも、権利処分行為一般に対するものとしてより、所有権行使に対するものと捉える方が、より実体に即した判断ができるのではないか…所有権放棄は、意思表示を要素とする法律行為であり、民法二〇六条にいう処分の、それも法律的分の一である。」²⁰

筆者も同様に考えており、民法 206 条の処分権を根拠とすべきか、それとも、権利処分一般原則

を根拠とすべきかは、別として、民法は、所有権放棄を許容している。これを民法 206 条の処分権に含めても実際上大きな問題がないし、フランス法においては、「放棄は所有者の処分権の一部である」とするのが普通である²¹。

b. 吉田克己

吉田克己の見解は、土地所有権放棄にやや制限的と見られるものである。吉田克己は、民法の諸規定及び裁判例を徹底的に検討しながら、次のように論じた²²。

①一般に権利放棄は自由であるが、一定の限界もある（「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、ということになろう。」²³）。

②所有権の放棄についても、放棄の自由が原則である（「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

²¹ フランスの定評ある物権法教科書の著者であるルブール＝モパンは、「所有権の絶対性を考えれば、『所有権の放棄を否定できない』という結論を否定することは難しい。この点について、クリスチャン・ラルメ教授は、次のように述べている。「特別法が特定の物についてその売買を禁ずることがあるが、『所有者はその所有物を維持し続けなければならない』との趣旨の一般的義務を課するような法令は存在しない。放棄は、所有者の処分権の一部である。この権限は、所有者に認められた所有物に対する全面的支配権に根拠がある。かくして、所有者は、その権利を使うことも使わないことも可能であり、また放棄することも可能である。」と論じている（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』獨協法学第 100 号（2016 年）208 頁）。

²² 吉田克己「土地所有権放棄の法理論的検討」同『現代土地所有権論—所有者不明土地と人口減少社会をめぐる法的諸問題』（信山社、2019 年）256 頁。吉田の方法は、フランス法において同様に所有権放棄の原則的可能性を指摘したブルトン（A. Breton, 《Théorie générale de la renonciation aux droits réels》, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, p. 261）の方法と同様に正統的なものである。

²³ 吉田・同上 257 頁。

¹⁹ 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 卷 2 号（2013 年）。田處は、他にも、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 卷 2 号（2014 年）がある。

²⁰ 同「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 卷 2 号（2016 年）24 頁。

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²⁴。

③もちろん、所有権の放棄には一定の限界があるが、土地所有権については一層精密な考察が必要である(「権利放棄の自由が無制限のものではなく、第三者の権利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。」²⁵)。

④土地所有権放棄では、国に所有権が帰属するから、国の利益を害するような放棄を認めることは適切でなく、「土地所有権放棄の原則的否定」すら導かれうる(「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しなくなると、その不動産は国庫に帰属する(民法 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(民法 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。」²⁶)。

以上の、吉田克己の見解は、具体の結論、又は政策的含意としては、田處の見解——放棄の自由を比較的広範に認める見解——と対立するが、しかし、判断枠組みは共通している。しかも、吉田の見解は、登記実務に接近する点でも有益性が高い。

(2) 比較法的検討：フランス法とボワソナード

日本民法 239 条の源流であるフランス民法典 539 条・713 条は、無主不動産の国家帰属の根拠を無主不動産先占による混乱を防止するためとしていた。および 19 世紀において、数は多くないものの、無主不動産国家帰属の例があり、学説は、不動産所有権放棄⇒無主不動産⇒国帰属を理論的には可能だが、実際の例はまれであると説いていた。フランスの植民地では無主不動産法理の適用により国有財産の拡大がなされ、その際、立法での審議では、土地所有権放棄による無主化及び国家帰属を予定していた。最近では、土地所有権放棄について、破産院は、民法典が許容していると判示している(⇒ア.)。また、ボワソナードの旧民法典でも、土地所有権放棄を可能としていた(⇒イ.)。

ア. フランス民法典539条・713条

日本民法 239 条 2 項は、旧民法典財産編 23 条 2 項(「所有者ナキ不動産(Les immeubles qui n'ont pas de propriétaire)及ヒ相続人ナクシテ死亡シタル者ノ遺産ハ当然国ニ属ス」)に基づく。旧民法典 23 条 2 項の原型は、仏民法典旧 539 条(「すべての空白かつ無主の財(Tous les biens vacants et sans maître)、そして、相続人なしに死亡する者の財又はその相続が放棄された財は、公産²⁷(domaine public)に帰属する。」)及び仏民法典旧 713 条(「所有主のない財は、国に帰属する(Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat.)」)であった。

フランス民法典旧 539 条・旧 713 条を、現行日本民法と比較すると、①相続人不存在の財産及び無主不動産の国庫帰属は、同様であるが、国庫帰

²⁴ 吉田は、「消極説ないし否定説は例外的存在であり、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」と指摘している(同論文 258 頁注(27))。

²⁵ 同上 259 頁。

²⁶ 同上 269 頁。同様に、土地所有権放棄を容易には認めるべきでないという指摘として、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) 76 頁以下、張洋介「土地所有権放棄の場面における土地所有者の自由と責任」法と政治 69 巻 2-II 号(2018 年) 129 頁以下。

²⁷ プラニオル、リペールとビカールの体系書は、『公産』の文言は、不正確であり、本当であれば、『私産』と規定しなければならなかった。」と述べた(M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens, 2e éd., par M. Picard, 1952, n° 133.)。公産は、日本法では、公共用財産に相当する概念であり、「公産のカテゴリーに分類された財産は、(それが公産であるかぎり)時効にかかることも譲渡されることもない。」(『フランス法律用語辞典(第3版)』(三省堂、2012 年) domaine public)から、適切といえない。

属主義を採用した理由が問題になる。また、②フランス法は、無主動産についても、国庫帰属主義を規定しているようにみえるがどうか？③相続人不存在以外の場合で、不動産についての国庫帰属の実例、④土地所有権放棄の意義が問題になる。

(ア) フランス民法典旧規定

a. 無主財国家帰属主義

19世紀の比較的初期の民法学者であるトゥリエによれば、ローマ法の伝統は、無主財については、先占による所有権を認めるものであったが、これがフランス古法では、国帰属主義に変化を遂げ、それがフランス革命時の立法に結び付き、旧 539条、旧 713条になった²⁸。

フランス民法典編纂史上重要な出発点は、4名の起草委員²⁹（トゥロンシェ、ビゴ・ドゥ・プレ

アムヌー、ポルタリス、マルビル）による革命暦8年案(Projet de la Commission du Gouvernement, présenté le 24 thermidor a VIII)であり、その第2編第26条及び同第3編第2条は、先占取得に消極的であった革命期の立法を継承して、次のように規定した。

「第2編26条（後の539条） すべての所有者空白で無主の財 (Tous les biens vacants et sans maître)、そして、相続人がいない者の・又はその相続が放棄された財は、国民 (la nation) に帰属する。³⁰」

「第3編2条（後の713条） 民事法律は、単なる先占による権利を容認しない (la loi civile ne reconnaît point le droit de simple occupation)。

かつてその所有者をもったことのない財、そして、その所有者により放棄されて無主となった財は、国民に帰属する。それらの財を獲得するには、何人であれ、時効に十分な占有がなければならない。³¹」（下線は小柳）

以上の革命暦8年案第3編2条（後の713条）は、第一の特徴として、先占による取得を一般的な形で否定していた。先占取得否定の理由は、「最初に占有した者による取得を認めることは、正当性に疑問がありうるだけでなく、その占有の行使によって、秩序及び公共の安寧 (tranquillité publique) に混乱をもたらす」ことにあった³²。

これに対し、意見を求められたパリ破毀裁判所は、先占法理の概括的否定は適切でないと指摘した³³（「誰にも帰属しない物が存在する。そしてそれは、法律家が res communes（共通物）や res nullis（所有者のない物）と呼ぶものである。これらの物について、個人が取得することを否定して、国民に与えようというのであろうか？」）。また、ルーアン破毀裁判所³⁴も、先占法理は、ロー

²⁸ 「31 所有者のない物 (Les choses qui n'ont appartenu à personne)、放棄された物及び遺失物は、所有者が明らかになり、又は、所有者がそれを要求したときを除き、先占をなした者に帰属する。これは、自然法に基づき、そのあり方は、ローマ法の至るところで同様であった。ただし、所有権の永久性が導入されたことで、いくつかの修正があった。

³² しかし、中世において、ローマ帝国に侵入した諸民族の法律は、これらの無主物を国庫又は諸侯に帰属させ、それがほとんどのヨーロッパの法となった。これらの諸規定は、フランスの慣習法となり、フランスの諸王の法規となった。フランス革命時の憲法制定議会は、封建制度を廃止し、1791年4月20日の法律の7条1は、遺失物、相続人不存在・国家帰属 (deshérence) について、もはや諸侯には権利は帰属しない旨を定めた (諸侯帰属を廃止した。……小柳注)。そして、この法は、国への帰属は、従来同様に、維持した。1790年11月22日 (loi du 22 novembre 1790) の法律3条は、同様であり、「すべての財は、動産であれ、不動産であれ、所有者空白かつ無主であるものは、国民 (la nation) に帰属する。」と定めた。この規定が、民法典539条になった。また、713条は、一層簡潔に、また、一層一般的に、無主の財は国民に帰属すると定めた。」(Charles-Bonaventure-Marie Toullier, Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon, 1812, t.4, n° 31)。

ここで引用される1790年11月22日の法律は、国有財産に関する法律であり、その3条は、「すべての財は、動産であれ、不動産であれ、所有者空白かつ無主であるもの、そして、法律上の相続人なく死亡した者の財、あるいは、その相続が放棄された者の財は、国民 (la nation) に帰属する。」と規定した。

²⁹ 起草過程について、中村義孝「資料『1804年ナポレオン民法典』(1)」立命館法学2017年2号714頁。

³⁰ P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, suivi de d'une édition de ce code, t.2, 1827, p.100.

³¹ Ibid., p.124.

³² Edouard Fuzier-Herman et al., Répertoire général alphabétique du droit français, t.8, « Biens vacants et sans maître », n° 1 (p.55).

³³ Fenet, op., cit., t.5, p.212.

³⁴ Fenet, op., cit., t.5, p.473.

マ法によって認められ、さらに 1667 年のオルドナンス³⁵によりフランス全土の法となったとして、反対した。

その後の国務院提出案等の草案は、先占法理を一般的に否定する規定を削った。その後、護民院は、旧 539 条及び旧 713 条を成立させた³⁶。

革命期 8 年案は、第二の特徴として、「その所有者により放棄されて無主となった財は、国民に帰属する」と定めて、《放棄⇒無主⇒国民帰属》のメカニズムを明確に認めた。この点の規定ぶりは、その後の法案では、明確でなくなるが、考え方は同様であった³⁷。そして、後年の多くの論者は、この《放棄⇒無主化⇒国民（又は国家）帰属》のメカニズム自体について問題としていない。

b. ドゥモロンブ：無主財帰属を不動産に限定

19 世紀の代表的民法学者ドゥモロンブは、旧 539 条及び旧 713 条の文言は、不動産だけでなく、動産についても先占取得排除の規定のように見えると論じつつ、動産については、先占を排除していないと論じ³⁸、「それ故、文言が概括的、度を超えて概括的だからといって、この規定は、無主財

すべてを区別することなく、国に、帰属させるものではない（動産について例外がある…小柳注）。そう考えなければ、民法典草案の修正を説明できない。」と述べた³⁹。その議論は、次のとおりである。

《確かに、先占による所有権取得に対して否定的な見解にも根拠がある。先占優位の考え方は、暴力と無秩序をもたらすのに対して、国に帰属させることにより、公共の平和（paix publique）を保障できるし、また、国民の代表者である国に帰属させることで、衡平の理念にも合致する。しかし、このような議論は、不動産と、相続財産の一部としての動産にしか妥当しない。不動産については、先占法理を排除すべきであり、無主となった不動産は、国に帰属する。一般的に、国に帰属する不動産は、相続人不存在・国庫帰属手続（déshérence）の対象になったものである。それ故、539 条及び 713 条は、主として、総体としての財を対象としている。遺棄による不動産放棄は、想像しにくい。とはいえ、もしもそのようなことが起きたとしたら、不動産は、国に帰属する。実際、荒廃地、浸水地等で、その生産物が不動産税支払に不足するようなものについては、その土地を放棄して、市町村に帰属させることが法律により認められている。

動産について、相続人不明で国が国家帰属手続を開始したものについては、国に帰属する。しかし、不動産と異なり、一般的にすべて国に帰属すると考えるのは適切ではない。動産国帰属説では、空を飛ぶ鳥、川を泳ぐ魚まで国に帰属することになってしまい、容認し難い結論を導く。国に帰属しない物が存在し、これに対して、先占が所有権取得の手段となる。

民法典起草時の議論もそのことを物語る。一旦は、「民事法は、単なる先占法理を認めない」という革命暦 8 年案の規定があったが、これに対して、パリ控訴裁判所が、誰にも帰属しない物が存在するという批判を行い、先占を概括的に否定した条

³⁵ 1667 年 4 月 20 日にパリのパルルマンで登録されたルイ王令であり、後の民事訴訟法典の原型になった（ロイク・カディエ（出口雅久（監訳）、橋本聡（訳）、工藤敏隆（訳））「フランス民事司法制度・民事訴訟法概論」立命館法学 2012 年 3 号 773 頁。

³⁶ Fenet, op., cit., t. 12, p. 243.

³⁷ 革命暦 12 年ヴァンデミエール 20 日（1803 年 10 月 13 日）に国務院に提出された条文（532 条）は、成立した 539 条と同一の文言を規定した（Fenet, op., cit., t. 11, p. 8.）。また、革命暦 11 年ニヴォーズ 9 日（1802 年 12 月 30 日）に国務院に提出された所有権取得の諸態様 3 条（後の 713 条）は、無主の財産は、国民に帰属する旨を端的に規定し、後の 1804 年に成立したものとすでに同一の文言であった。これは、1803 年 4 月 5 日に国務院採択案となった（Fenet, op., cit., t. 12, p. 107）。その後、護民院での議論があったが、報告者シメオン（J.-J. Siméon）は、1803 年 4 月 19 日に報告を行い、不動産については、先占による取得が許されないことを指摘したが、その際、所有者が不動産を放棄することで無主物となりうるが、それに先占法理を適用することは社会秩序の混乱のもとになると指摘していた（Fenet, op., cit., t. 12, p. 216）。

³⁸ Charles Demolombe, Cours de code Napoléon, tome XIII, Traité des successions 1, 2. éd., 1862, n° 17 ter.

³⁹ Ibid., n° 18.

文は削除された。》

ドゥモロンブの以上の議論の特徴は、次の点にある。①旧 539 条、旧 713 条が無主財国家帰属を定める理由は、先占による暴力の排除にある。②旧 539 条、旧 713 条は、不動産には完全に妥当する。③不動産の国家帰属は、相続人不存在の場合が主たるものだが、個別的放棄による国帰属もありうる。④相続以外の場面の個々の動産の所有権に関しては、国家帰属は妥当でない。⑤旧 539 条、旧 713 条の文言は概括的に過ぎ、個別的動産の先占取得を否定するよう見え、妥当でない。⑥動産については、先占による取得を容認する。

以上のあり方は、後に見るボワソナードでも同様であった。

c. 無主財国家帰属の適用例

民法典旧 539 条、旧 713 条の無主財規定の適用例について、『フランス法大全』の「空白無主財」項目は、比較的まとまった記述をしている⁴⁰。以下に、それを紹介する。

第一に、旧 539 条・旧 713 条の規定は、国帰属を定めるが、まれな適用例 (rares exemples) しかない。国帰属があるのは、多くの場合、相続人不存在・国庫帰属手続 (succession en déshérence) によるのであり、「個別的な不動産放棄は、ほとんど所有者によってなされない」。例外として、水没地等で所有者にとって利益にならない土地を市町村に帰属させる放棄は、既に法律で認められている。よって、これは、旧 539 条・旧 713 条の適用対象ではない。

第二に、旧 539 条・旧 713 条の珍しい適用例として、地籍⁴¹ (cadastre) 作成の際の制度がある。1809 年 6 月 16 日財務大臣通達 (circulaire du ministre des finances du 16 juin 1809, S. t. X, An 1810, 2. 324) は、地籍編成の際に、539 条の適用により、所有者が明らかでない土地は、国に

帰属させた。しかし、所有者が申告をした場合には、その権限の調査を行って、土地を返還するよう命じた。

第三に、無主不動産国帰属法理の大規模な適用があったのは、植民地であった。それを示すのが、破毀院予審部 1879 年 5 月 19 日判決 (Cass. Req., 19 mai 1879, S. 79. 1. 265) であり、ボドリ＝ラカンヌの体系書も、同判決を無主財国家帰属規定の適用例として引用した⁴²。

そもそも、アルジェリアでは、部族間の紛争がある土地は、アラビア語で Blad el-Baroud (「粉の土地」の語義) と総称され、武力争いの原因にもなっていた。Bled-bou-Djemâ (地名) の地でも、土地争いがあった。フランス国は、この土地は、所有権がはっきりしない土地であるとして、1858 年に土地の占有を行い、同地は、「所有者空白・無主の財 (biens vacants et sans maître)」であるとして所有権を取得した。なお、1863 年 4 月 22 日元老院決議 (セナテュス＝コンシュルト) 1 条が、部族土地所有権について、「アルジェリアの部族は、それが継続的かつ伝統的に享受している土地の所有者と認められる。」と規定した。

1870 年に一部の部族 A が別の部族 Z とともにこの土地の所有権を主張して、国を訴えたが、手続的問題で敗訴した。その後、部族 A は、単独で国を訴え、アルジェリアの裁判所で勝訴判決を得たことがあり、国は、この土地を 1876 年に任意に部族 A に譲渡した。他方、部族 Z が、自らの所有権を主張して、国及び部族 A に対して訴えを提起した。この裁判で、アルジェ控訴院は、部族 Z の請求を斥けた。破毀院も⁴³、同様に、「鑑みるに、国の私産は、アルジェリアでも、フランスでも、所有者空白無主の財を含む。その権限にもとづき、1858 年に、国は、地域の現地人が同席し、異議を述べない状況でなした調査に基づき、Bled-bou-Djemâa の地の占有を公式に取得した。」と述べ、

⁴⁰ 《Biens vacants et sans maître》, (note 32) n° 13-26.

⁴¹ 地籍は、不動産税課税の台帳、地図などを包含した土地の基本情報である。なお、佐藤義人『フランスの地籍制度とアルザス＝モゼル土地登記法』(論創社、2014 年)。

⁴² Gabriel Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions*, Tome 1, 3e édition, 1905, n° 11.

⁴³ Cass. Req., 19 mai 1879, S. 79. 1. 265. note 4-5.

更に、元老院決議 2 条に基づき、国の権利取得は覆滅しえないものとなったと判示し、部族 Z の主張を斥けた。

部族間で争いのある土地を、所有者空白・無主と位置付けるのは、無理がある手法であったが、当時の国有財産拡大志向の政治的情勢に合致していた。

d. 土地所有者による放棄

民法学者ロランは、ドゥモロンブと同様に、土地所有者の意思による所有権放棄は可能であると論じながら、稀である（理由は、不動産所有欲）として、次のように論じた。

「民法典 539 条及び 713 条の不動産への適用は、それが所有者空白であるときになされる。そういうことが起こるのは、ペストや戦争のような大惨禍の場合であろう。そういう場合は、国が、国家帰属の権利に基づき、不動産を相続する。その適用を受けるために必要なのは、所有者が、その不動産をもはや自分が所有しないという意図によって、放棄することである。しかし、こういうことは、我々の近代社会ではほとんど起きない。というのも、人々は、不動産を渴望している。」⁴⁴。

土地所有権の任意放棄は、議会審議でも可能であるとされていた。アルジェリアについての土地所有権立法である 1873 年 7 月 26 日法は、アルジェリアにおける所有者空白の土地の国家帰属を規定したが、その議会審議では、国民議会の報告者が所有者空白の例として、「その所有者により放棄された財 (biens abandonné par leur propriétaire)」を挙げた⁴⁵。

この点について補足すれば、20 世紀の研究は、アルジェリアにおいて、「政府の土地の新規取得の主要部分は、所有者空白無主財の拡張的適用によるものであった。」と述べている⁴⁶。19 世紀におい

ては、植民地では、濫用的な形で、所有者空白・無主不動産認定による土地の国家帰属(土地収奪)が行われたようである。

植民地において、無主不動産法理を使った土地収奪が行われていたのであるから、「民法は土地所有権放棄を許容していない」という議論は成り立ちにくかった。

このことは、日本でも、同様であったと考えられる。というのも、例えば、台湾についての官有林野及樟脳製造業取締規則(明治 28 年 10 月 31 日日令第 26 号)1 条が「所有権を証明すべき地券その他の確証」がない山林原野をすべて官有とすると規定し、無主法理による土地の国家取得を展開した。

(イ) 20 世紀後半以降の展開

その後の無主不動産法理の展開で重要なのは、1962 年国有財産法改正である。推定無主不動産制度が導入された。また、2004 年民法典改正で、無主不動産の第一次的市町村帰属が設けられた。これらについては、既に論じたことがあるので、簡単に言及する。その後、2015 年には、意思表示による土地所有権放棄について破毀院の判例が登場した。

a. 推定無主不動産制度の導入

1962 年国有財産法改正は、推定無主不動産制度を設けた⁴⁷。改正の概要は、①不動産税⁴⁸の 5 年超不払等を理由とする推定無主不動産国庫帰属の規定を設けたことである。この改正については、稲本洋之助の論文が詳細である⁴⁹。1966 年には、無

docAsPDF/rural_0014-2182_1975_num_57_1_1969.pdf

⁴⁷ この点及び次の 2004 年法改正については、既に、小柳春一郎「フランス法における不動産の法的管理不全への対策：コルシカにおける相続登記未了と 2017 年地籍正常化法」土地総合研究 25 巻 2 号(2017 年)とりわけ 69-90 頁で論じた。

⁴⁸ 「既建築不動産税 (taxe foncière sur les propriétés bâties) 及び未建築不動産税 (taxe foncière sur les propriétés non bâties) は、いずれも不動産の所有者に課せられる。」(松浦茂「フランス地方税財政の近年の動向—住居税の見直し等をめぐって—」レファレンス 806 号(2018 年) 64 頁。

⁴⁹ 稲本洋之助「農地所有と公的介入—フランスにおける 1960 年代以降の展開 (2)」社会科学研究 28 巻 2 号

⁴⁴ François Laurent, Principes de droit civil. Tome 6, 1871, n° 39.

⁴⁵ D. 1874. 4. 5 col 3, cité par Rapport de Paul Dumas, D. 1934. 1. 88.

⁴⁶ Alain Sainte-Marie, « Législation foncière et société rurale. L'application de la loi du 26 juillet 1873 dans les douars de l'Algérois », Études rurales, Année 1975, N° 57, p. 79, <https://www.persee.fr/>

主不動産に関する1966年5月18日通達(Circulaire du 18 mai 1966)が発出された⁵⁰。通達は、推定無主不動産手続を国に利益をもたらす手続として位置づけた。というのも、国が利益にならない土地帰属を行うべきでないとし、逆に、国に有利と考えられるときは、占有者(取得時効候補者)を排除しても手続を行うべきものとした。

b. 2004年民法典・国有財産法典改正による市町村帰属

同改正のフランス政府の元老院での趣旨説明(2003年10月1日)は、「1982年以来実施されてきた地方分権及び権限移譲にもとづき、無主不動産について、国の代表者(県知事のこと……注)の関与を省いて、市町村(コミューン)に直接帰属させる制度が必要になった。というのも、市町村は、無主不動産の状況について最初に情報を得る存在であり、また、同時にそうした不動産の状況が解決されることに利害関係を持っているからである。無主不動産は、放置により、状況が悪化し、そして、不衛生やスラムの形成要因になる。また、実際に、県知事が、現在の無主不動産帰属手続を発動させるのは、多くの場合、市町村の発意に基づいている。市町村は、この点について、この手続を実施するための必要な熱意を示している。」と述べた⁵¹。この改正は、民法典713条について、「無主の財(立法者は、不動産と理解する。……小柳注)は、その地の市町村に帰属する。しかし、もしも市町村がその所有権を放棄すれば、国に帰属する。」と規定した。

(ウ) 土地所有権放棄についての判例

フランスの土地所有権放棄に関する注目すべき判例(危険崖地についての土地所有権放棄の可否の例)である破毀院民事第三部判決2015年11月5日(la Cour de cassation, 5 novembre 2015, n°

14-20.845, Publié au bulletin)は、危険崖地の所有権放棄の可否を問題にした。これは、判例集(bulletin)に搭載され、物権法に関する多くの判例回顧が取り上げているなど注目を集めた。

1999年12月に、極めて異常かつ大規模の暴風雨⁵²のために、崖地の岩石が崖地下の庭園に落下した。県は、この庭園について、崖地及び庭園の安全確保がなされるまでの立入禁止命令を発出した。そこで、被害者は、土地所有者に対して、損害賠償の訴えを提起した。そして、控訴院判決は、崖地所有者に対して、被害者に損害賠償を支払うことを命ずる判決を言い渡した。崖地所有者とされた被告は、問題となっている崖地については、自分は所有権を有しない旨を主張して破毀申立てをした。その中には、「およそ個人は、自由に自らの所有物を処分でき、また、放棄の権利を有するものであるところ、Y夫婦について、その土地放棄の権限を否定している点で、控訴院は、民法典537条に違反している」との主張もあった。

しかし、破毀院は、土地所有権放棄の主張を認めず、「Y夫婦は、明白かつ曖昧さのない行為により土地所有権放棄の意思を表示していない、また、この場合において、崖地が無主地となる要件を満たしたことを明らかにしていない」と判示して、Y夫婦は、崖地所有者でありつづけているとして、損害賠償を命じた。

以上のように、破毀院は、当該事例については土地所有権放棄を認めなかったが、一般論としては土地所有権放棄が可能であるとした。これについて、物権法研究者として著名なドロスは、「不動産所有権は、富というばかりではない。それは、不利益をもたらすものにもなり、また義務の原因にもなる。(以下、土地所有権が拘束を受け、環境

(1976年)。

⁵⁰ Circulaire du 18 mai 1966 relative aux immeubles vacants et sans maître, JORF du 2 juillet 1966 page 5603-5605 https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000479366&pageCourante=05603

⁵¹ <http://www.senat.fr/leg/pj103-004.html> (100条の趣旨説明)

⁵² 一般にフランスは、暴風雨に襲われることが少ない国であるから、本暴風雨は、例外的な現象であったと考えられる。なお、後述のドロス評釈は、「フランス史上最強の暴風雨の一つ」と指摘した。本判決について、小柳春一郎「フランス法における土地所有権放棄に関する新判例: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(判例集掲載)」獨協法学101号(2016年)161頁、原恵美「民法・不動産登記法部会参考資料3 外国法制調査(フランス)」(2019年)25頁。

法などにより、厳しい制約下にあり、それ故、所有者にとっては不利益、義務の根拠となることを指摘する。)……それでは、土地所有者の放棄権限を否定すべきであろうか?……けっしてそうではない。というのも、放棄が危険なのは、それにより、土地所有者がすでに生まれまた土地所有者が負っている義務を、免れてしまう場合だけである。」と論じた⁵³。

また、同じく物権法研究者として著名なペリネ＝マルケは、「破毀院は、所有者に対して放棄の権利を認めたのであるが、それを具体的にすすにはどのような行為が必要かは明らかでない。実定法には、例えば、荒地所有権放棄に関する租税一般法典 1401 条のような規定があるが、それは極めて限定された場合に限られる。かくして、「所有者にとっては、どのようにすれば所有権放棄ができるのかは、明らかではない。この権利を容認すると、マイナス又は否定的な価値しかない財(不動産)が国や自治体の手に帰属することになる。こうした状況においては、本判決は、不動産放棄について、極めて限定的な射程 (une porte fortement étroite) しか有さない。」と論じた⁵⁴。

⁵³ William Dross, 《 Qui répond du dommage causé par un immeuble dont personne ne veut ? 》, Revue trimestrielle de droit civil, 2016-1, p.150.

⁵⁴ Hugues Périnet-Marquet, 《 Chronique Droit des biens 》, La Semaine Juridique Edition Générale n° 15, 11 Avril 2016, doctr. 446, n° 3. 破毀院 2003 年 6 月 18 日判決 (Cass. 3e civ., 18 juin 2003, n° 01-01758, Bulletin 2003 III N° 129, p.115, JCP G 2003, IV, 2434) は、法人解散と不動産放棄の例である。国有財産管理局は、土地の受け入れを拒否したが、破毀院は、次のように判示した。「鑑みるに、ASL の定款には、組合解散の場合のその不動産の帰属についての規程を欠いており、また、ASL は、解散に際して、純粹かつ單純に土地を放棄する旨を決定したのであるから、土地は、無主物になったところ、控訴院は、法を正しく適用して、無主の不動産は民法典 539 条及び 713 条の適用により国に帰属するとの判決を言い渡したのである。」

ペリネ＝マルケは、この判決を支持して、「われわれの法システムのなかには、「放棄の可能性を維持しておかなければならない。それは、物権の特性とも関連している。人が物との直接の関係をもつようになれば、それが公益に反するのではない限り、へその緒を切って、物との関係を断ち切ることもまた可能になる。奇妙に思われるかもしれないが、廃物と厄介な契約の二つがある場合、

以上を見れば、フランス民法典 539 条、713 条が土地所有権放棄を否定していないことは、判例、学説とも一致している。ただし、国・地方公共団体への押付け的な放棄に如何に対応するかについては、議論が定まっていない。

実際には、不動産所有権の放棄に消極的な判決もあった。これは、危険建物の所有者の放棄を認めない例であった。ある建物が崩壊危険建物になり、危険除去命令の対象となった場合に、その建物の所有者が費用負担を避けるために、建物と土地の所有権を放棄して、国等に負担を押し付けることは許されないとして、国務院 1934 年 10 月 24 日判決 (CE, 24 oct. 1934, Ville Marseille : Rec. CE 1934, p. 949) は、「法は、崩壊危険不動産所有者に対して、その建物を放棄して、除却費用を免れることを許していない」と判示した⁵⁵。これは、理由を明示していないものの、日本における権利濫用法理の適用に類似した状況である。

イ. 旧民法典とボアソナード

旧民法典は、無主物について、動産と不動産を区別し、無主不動産は当然に国に帰属するとしながら、無主動産は、先占により取得しうると定めた。これらは、明治民法に受け継がれた。また、旧民法典は、「遺棄」による所有権の消滅を規定していたが、これは受け継がれなかった。

(ア) 旧民法典における無主物の位置づけ

ボワソナードが原案を起草した旧民法典は、日本民法典が、動産については、先占 (民法 239 条 1 項)、不動産 (民法 239 条 2 項) 及び相続人不存在 (959 条) については、国庫帰属を規定したことの源流となった⁵⁶。

前者の方が処分し易い。それが物権と債権の違いである。」と述べている (Hugues Périnet-Marquet, 《 Chronique Droit des biens 》, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 14, 31 Mars 2004, I 125)。

⁵⁵ Christian Gabolde, “Fasc. 213: Édifices menaçant ruine, Jurisclasseur, Administratif, 2014, n° 5.; Jean-Pierre Brunel, Daniel Chabanol et Claude-Sylvain Lopez, Le maire et les immeubles menaçant ruine, 1992, n° 11.

⁵⁶ 財産編第 23 条「1 公ノ法人カ各人ト同一ノ名義ニテ所有スル物ニシテ金銭ニ見積ルコトヲ得ル収入ヲ生

旧民法典財産編 20 条は、物 (choses) には、所有に属するものと所有に属しないものがあること (1 項)、所有に属する物は、公私の財産の一部となること (2 項)、所有に属さない物には、無主物と公共のものがあること (3 項) を規定した。同 21 条は、公法人の財産に公有と私有があることを定め、同 22 条は、公法人に属して「国用」に供する海、道路、城砦、官庁の建物等を、公有とした。同 23 条は、公法人の私有財産として、「各人ト同一ノ名義ニテ所有スル物ニシテ金銭ニ見積ルコトヲ得ル収入ヲ生ス可キモノ」である国、府県、市町村有の海潟、樹林、牧場等を私有財産とし (1 項)、これに続けて、同 2 項が「所有者ナキ不動産及ヒ相続人ナクシテ死亡シタル者ノ遺産ハ当然国ニ属ス」と無主不動産及び相続人不存在の相続財産の国家帰属を定めた。また、無主物とは、「何人ニモ属セスト雖モ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ルモノ」であり、遺棄の物品、山野の鳥獣、河海の魚介であった (24 条)⁵⁷。

更に、財産取得編 2 条は、無主動産所有権 (la propriété des choses mobilières sans maître) の先占による取得を規定した⁵⁸。また、財産編 41

ス可キモノハ其私有ノ部分ヲ為ス即チ国、府県、市町村有ノ海潟、樹林、牧場ノ如シ

2 所有者ナキ不動産及ヒ相続人ナクシテ死亡シタル者ノ遺産ハ当然国ニ属ス

第 24 条「無主物トハ何人ニモ属セスト雖モ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ルモノヲ謂フ即チ遺棄ノ物品、山野ノ鳥獣、河海ノ魚介ノ如シ」

財産取得編 2 条「先占ハ無主ノ動産物ヲ己レノ所有ト為ス意思ヲ以テ最先ノ占有ヲ為スニ因リテ其所有権ヲ取得スル方法ナリ」

なお、『ボアソナード氏起稿 再閲 修正民法草案註釈 第二編 物権ノ部 上巻』(出版年不明年) 121 頁 (<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367403>)。また、旧民法典財産編 42 条 5 号は、「物ヲ處分スル能力アル所有者ノ任意ノ遺棄 (abandon volontaire de la chose)」によって所有権が消滅すると規定した。

⁵⁷ 旧民法典財産編 24 条「無主物トハ何人ニモ属セスト雖モ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ルモノヲ謂フ即チ遺棄ノ物品、山野ノ鳥獣、河海ノ魚介ノ如シ」

⁵⁸ 財産取得編 2 条「先占ハ無主ノ動産物ヲ己レノ所有ト為ス意思ヲ以テ最先ノ占有ヲ為スニ因リテ其所有権ヲ取得スル方法ナリ」なお、Gustave Emile Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon*, accompagné d'un commentaire. Livre III, 1888, article

条は、所有権の消滅原因として、「任意又ハ強要ノ譲渡」、「物ノ全部ノ毀滅」などと共に「物ヲ処分スル能力アル所有者ノ任意ノ遺棄 (abandon volontaire)」を規定した (財産編 42 条第五)。

(イ) ボアソナードの無主不動産論

ボアソナードは、民法草案の注釈において、仏民法典旧 539 条、旧 713 条の規定ぶりが適当でないと、以下のように、論じた。

「無主財であつて、法律が、暴力や奇襲のきっかけとなることを恐れて、先占による取得を、許さないものがある。それは、土地の部分であつて、いまだかつて占有がなかった土地、また、自発的に放棄 (qui sont abandonnées volontairement) された土地である。同様に、相続人不存在、すなわち、相続人なくして死亡した者の財も先占の対象とならない。法律は、これらの財産を直ちに国家の所有のもとに置く。国の側には、なんらの帰属手続も不要であり、また、その権利が生じたことを認識する必要もない。正確に言えば、土地などの財が無主であるということはありえない、というのも、これらの財には、直ちに国の所有権が成立するからである。

更に、フランス民法典は、無主財についての規定 (539 条及び 713 条) では問題を残している。これらの規定は、矛盾を来しており、また、無主財が国家に帰属するという条文は、必要な区別を欠き、不正確である。無主財国家帰属が妥当するのは、無主不動産と相続人不存在の場合だけである。そうでなければ、漁獲や狩猟による先占取得が不可能になってしまう⁵⁹。」(下線は小柳)

ボアソナードは、無主不動産の国家帰属を規定した理由について、先占取得を不動産について規定すると暴力と混乱が生ずることとし、また、国家帰属は、無主不動産及び相続人不存在の場合に限定した。

(ウ) 土地所有権の放棄

ボアソナードは、先の引用文にあるように、土地所有権の意思表示による放棄を認め、その場合

602, p. 7.

⁵⁹ Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon : accompagné d'un commentaire*. Tome 1, Droits biens, nouvelle edition, 1890, n° 39. 再閲修正 121 頁。

に直ちに土地所有権は国に帰属すると述べた。また、ボアソナードは、成立した民法典の理由書では、「放棄された物が不動産であるとき（このことは、稀であるが）、その所有権は、直ちに国に帰属する。同じことが起こるのは、相続人不在・国家帰属手続の場合又は相続人なしに死亡した場合である。」と述べた。以上のように、ボアソナードは、明確に、土地所有権の意思表示による放棄も可能とした⁶⁰。

ボワソナードは、財産取得編において、先占を無主不動産所有権取得の原因として規定したときの注釈でも、《動産については、先占による無主物取得が可能であり、また、不動産については、未開文明であり、また土地が余っていた時代には、先占による取得を認めたが、文明社会では、先占を不動産所有権取得の原因とすべきではない。そのことは、仏民法典 539 条・713 条また日本民法草案 526 条でも規定した。それゆえ、何人もいまだ所有していない土地があっても、先占者が取得することは許されない。「それと同じことは、所有者が自己の所有地が不毛になったか又は租税負担に必要な収穫を得られないという理由で放棄した場合でも指摘しうる。⁶¹」と論じた。

以上を見れば、ボワソナードの無主物論、及び不動産放棄論は、ほぼドゥモロンブなどの当時の通説的学説と同様であった。土地所有権放棄による国家帰属を一般論として可能としたが、それは、稀であると論じていた。これは、土地が貴重な時代環境に由来するのだが、しかしまた、それは、民法は土地所有権放棄を一般論としては認めていることを示していた。そして、同様の理解は、日本法の登記実務、裁判例、主流学説が採用していた。

民法 239 条 2 項は、歴史的に見れば、その母法

であるフランス民法典 539 条・713 条の原型が、放棄された財の国家帰属を規定していたように、《土地所有権放棄⇒国家帰属》を前提としていた。国家帰属の根拠は、「公共の安寧」であり、19 世紀においては、土地を求めての先占による騒乱の防止にあった。現在では、所有者不明土地の発生等による混乱の防止を「公共の安寧」の一つとして位置づけることが可能である。これが、民法・不動産登記法部会でどのように扱われたかが問題になる。

2 部会での土地所有権放棄の検討

法制審議会民法・不動産登記法部会は、当初の第 2 回会議（2019（平成 31）年 4 月 23 日）では、《不動産放棄は可能であるが、しかし、権利濫用等になる場合は許されない》という伝統的立場を前提として、不動産の放棄の要件の検討を進めた（⇒（1））⁶²。

第 10 回会議（2019（令和元）年 11 月 19 日）での提案も同様の立場から土地所有権放棄の要件を提示したが、批判が登場した。また、この時の提案が、土地放棄を「認可制」による公的機関のチェックに服せしめた点は、原則として土地放棄を許さない趣旨の考え方にも通ずるものであった（⇒（2））。

その後発表された中間試案（2019（令和元）年 12 月 3 日）には、二つの魂があった。中間試案における土地所有権放棄の要件は、「権利濫用を類型化」するとした第 10 回提案と同様であった。しかし、その補足説明には、「土地所有権の放棄については、基本的には認めるべきではないと考えられる。」⁶³との記述も登場していた（⇒（3））。

中間試案後の第 16 回会議（2020（令和 2）年 8 月 4 日開催）では、特別の規定がない限り不動産

⁶⁰ Code civil de l'Empire du Japon. Accompagné d'un exposé des motifs, t. 2 Exposé des motifs du Livre des biens, traduction officielle, 1891, p. 36. 現行民法編纂の法典調査会においては、この点について実質的な議論がなかった（『日本近代立法資料叢書 2 法典調査会民法議事速記録 2』（商事法務、1983 年）2 頁。

⁶¹ Boissonade, Projet, t. 3, n° 6, p. 10.

⁶² 田處博之「土地所有権の放棄：再論—所有者であり続けることは、所有者の責務か？—」札幌学院法学 37 巻 1 号（2020 年）は、法制審議会を含め、多くの裁判例、学説、審議会動向を詳細精密に分析している。土地所有権放棄に関する文献として非常に重要である。本稿の検討もこれに多くを依拠した。

⁶³ 補足説明（前掲注(9)）149 頁。

所有権の放棄は許されない旨の規定を民法に設けること及び土地所有権放棄は相続等を契機として取得した土地に限定することなどが新たに提案された。土地所有権放棄は原則として認めるべきではないという考え方が全面に出たことになる。しかし、前者の民法規定新設提案には反対があった（⇒（４））。

第19回会議（2020（令和2）年10月6日）での事務局提案は、これまで検討してきた土地所有権放棄（単独行為としての放棄と民法239条2項による国家帰属）ではなく、贈与類似の仕組みによる国への土地所有権移転制度になった。この場合、国が土地を引き受ける要件は、極めて厳格である。そして、民法239条2項型の土地所有権放棄について、一定の法的整備をするという当初の検討課題は対応がないまま残されることになった（⇒（５））。

（１）第2回会議の提案

部会第2回会議は、土地所有権の放棄について取り上げた。そこでは、土地所有権放棄制度創設の是非（⇒ア）、土地所有権放棄の要件（⇒イ）、放棄された土地の帰属先機関（⇒ウ）、関連する民事法の諸問題（⇒エ）が検討対象になった。

ア．土地所有権放棄制度創設の是非

（ア）制度創設の必要性：所有者の放棄意向と現行制度の不安定性

部会資料2は、「第1 土地所有権の放棄を認める制度の創設の是非」として、「一定の要件のもとで土地所有権の放棄を認め、所有権を放棄する旨の一方的意思表示により、土地が無主となり、直ちに帰属先機関に帰属するものとするについて、どのように考えるか。（注）所有者のない不動産は国庫に帰属するとする民法第239条第2項の規律を基本的に維持することを前提としているが、所有権の放棄によって無主となった土地の帰属先機関については、後記第3において別途検討する。」と述べた（部会資料2の1頁）。

補足説明は、必要性、土地所有権放棄の基本的構成、他の方策との関連、土地所有権放棄を認め

る制度の位置づけについて論じた。

なかでも、注目すべきは、必要性の議論である（部会資料2の1頁）。それは、問題状況の把握に始まった。すなわち、一方で、土地への関心の喪失、更には、「国民の意識としても、土地所有権を放棄したいとする者の割合が増加しているとの指摘がある」が、他方で、「土地所有権の放棄の可否については、現行民法に規定がなく、確立した最高裁判所判例も存在しない。民法第239条第2項は、「所有者のない不動産は、国庫に帰属する。」と規定しているが、学説の中には、現行法の解釈として、土地所有権の放棄は可能であり、放棄された土地は所有者のないものとして国庫に帰属することになると解するものも存在する。他方で、現行法では土地所有権の放棄は認められないと解する見解や、土地所有権の放棄は理論的には可能であるが、必要なルールが定められていないことから現状では認められないと解する見解などもあり、土地所有権の放棄の可否は判然としない。」という状況である。

以上の状況への対策の提言は、「所有者不明土地の発生を抑制する方策として、土地を所有し続けることを望まない所有者による土地所有権の放棄を認め、土地を適切に管理することができる機関に土地所有権を帰属させることを可能とする制度の創設」であった（部会資料2の2頁）。

（イ）土地所有権放棄の基本的構成：単独行為と民法239条2項

土地所有権放棄の基本的構成は、権利の放棄であり、「権利の放棄とは、権利の喪失を目的とする単独行為をいうとされる。この定義に従うとすれば、土地所有権の放棄が認められた場合には、土地は所有者のないものとなる。」である。その場合に、民法239条2項が適用される。これについて、部会資料2は、「現行法が、所有者のない不動産は国庫に帰属する（民法第239条第2項）とし、土地が無主の状態で放置されないようにしていることは、ひとつの望ましい法律構成を示す」として評価した（部会資料2の2頁）。

(ウ) 土地所有権放棄の意義：資産価値のない土地の受入れ

なお、他の方策との関連とは、放棄以外の贈与等もありうる。確かに、国が贈与受入れの拡大を検討中であるとはいえ、それには限界がある。「国による寄附の受入れの拡大に関する検討においても、資産価値がなく売却等の見込みがない土地を引き受けることを想定した議論はされておらず、少なくともこのような土地を手放す仕組みとしては、寄附の受入れは、所有権放棄を代替するものにはなり難い」（部会資料2の3頁）。

部会資料2は、土地所有権放棄を、資産価値がなく、売却等の見込みのない土地について有効な制度として、位置づけた。

イ. 土地所有権放棄の要件

(ア) 放棄要件の具体的あり方

部会資料2は、具体的な土地所有権放棄の要件について、次のように指摘した（部会資料2の4頁）。

次のうちのいずれか又は複数の事情がある場合に土地所有権の放棄を認めるものとするについて、どのように考えるか。

- ① 土地所有者が土地の管理に係る費用を負担するとき（例えば、適当と認められる金員を支払ったとき）
- ② 帰属先機関が負担する管理に係る費用が小さく、流通も容易なとき（例えば、㊦土地に建物や有害物質等が存在せず、㊧土地の権利の帰属に争いがなく、㊨隣接地との境界が特定され、㊩第三者に対抗することができる権利が設定されていないとき）
- ③ 所有者に責任のない事由により、土地が危険な状態となり、所有者が負担する土地の管理に係る費用が過大になっているとき（例えば、自然災害等により土地に崩壊等の危険が発生し、土地所有者や近隣住民の生命・財産に危害が生ずるおそれがあるとき）
- ④ 土地の引受先を見つけることができないとき（例えば、土地を手放したい者が、競売等の手続により売却を試みても買い受ける者がいないとき）
- ⑤ 帰属先機関の同意があったとき

(イ) 要件の理由

a. 基本的考え方：権利濫用に該当しない場合の類型化

基本的な考え方は、「土地所有権の放棄を認めるための要件の設定は、所有権放棄が権利濫用に該当しないと考えられる場合を類型化すること」であった。

そもそも論として、民法は、土地所有権放棄を許容するかの問題がある。この点について、《土地所有権放棄は原則可能だが権利の濫用の場合にはできない》趣旨の叙述がある。例えば、「土地所有権の放棄は現行法上においても認められるという見解があるが、その見解に立つても、土地所有権の放棄は、本来所有者が負うべき義務・責任や管理コストを、無主の土地の帰属先である国に押し付ける側面があり、所有権を放棄した者の意思や経緯、国に転嫁される管理費用等の状況に照らし、所有権の放棄が権利濫用となり認められない場合がある」である（部会資料2の4～5頁）。もっとも、以上の叙述は、土地所有権の放棄は現行法上認められるとまでは言い切っていない。

これに対して、土地所有権放棄について、そもそも論として、消極的な次のような記述があった。それによれば、「権利放棄自由の原則を踏まえ、土地所有権を放棄することを広く認めること」は、妥当でないとする説があり、仮に、そのような立場でも、「所有権の放棄が一般に認められるとしても、「土地所有権の放棄」を認めることは、土地の所有に伴う義務・責任の放棄をも認めることになるから、他の権利の放棄とは性質を異にする部分があり、その要件を慎重に設定する必要がある」。

結局、採用されたのは、現実的解決策であり、「土地所有権の放棄を認めるための要件の設定は、所有権放棄が権利濫用に該当しないと考えられる場合を類型化することとも考えられ、その検討に当たっては、土地所有権が放棄される場面において帰属先機関が負う土地の管理コストや土地を手放す所有者側の事情、土地の適切な管理や円滑な流通等の社会的便益等の幅広い事情を考慮する必要がある。」（部会資料2の5頁）

とはいえ、土地所有権放棄が原則として不可能であるとすれば、なぜ、「所有権放棄が権利濫用に該当しないと考えられる場合を類型化した」要件を満足すれば土地所有権放棄が可能になるのかの説明ににくい。それ故、この時点では、部会資料は、伝統的立場を前提としていたと評価しうる。

b. 具体の要件

土地所有権放棄について、先述の5要件が検討の対象になった。これらは、5要件すべての充足が必要というのではなく、検討すべき要素を列挙したものであった（部会資料2の4頁）。

議論で注目すべきは、佐久間毅幹事の発言である。これは、土地所有権放棄の基本的スタンスにかかわるものであり、土地所有権放棄は原則可能であるという事務局案に対する批判になっていた。

「今回頂戴いたしました資料の補足説明では、権利放棄自由の原則というのが割と表に出てきているように感じます。その原則を基に、土地所有権についても、恐らくは、本来は放棄することができて当然であるという考え方があり得る。しかるところ、現在はそのようなことになっていないから、これから創設しよう。その場合に、要件を定めるに当たっては、5ページにございますけれども、例えばですけれども、権利濫用に該当しないと考えられる場合を類型化する考え方があり得る、というふうに述べられております。…」

土地の所有権の（放棄の…小柳注）場合は、…国民負担というところに典型的に表れるように、社会的には大きな影響が生ずる。それは、不利益を被る存在があるということだろうと思います。そうすると、土地所有権の放棄を認めるといたしましても、そもそも権利濫用に当たらなければいいんだという考え方よりは、飽くまで精神論になりますけれども、この要件の下でなら認められるだろうというふうに考えるべきなのではないかと、まず思っております。⁶⁴（下線は小柳）

この指摘は、「飽くまで精神論」というように、一定の留保を伴っていた。しかし、次に見る第10回の議論にもつながっていき、事務局案に影響を与えていく。

（2）第10回会議の提案

ア. 土地所有権放棄論

第10回会議では、「中間試案のたたき台（土地所有権の放棄）民法・不動産登記法部会資料20」⁶⁵として、次のような、中間試案を準備したものが提案された（部会資料20の1頁）。

第1 土地所有権の放棄を認める制度の創設

土地の所有者（自然人に限る。）は、法律で定めるところによりその所有権を放棄し、土地を所有者のないものとするができるとする規律を設けることについて、引き続き検討する。

（注1）所有者のない不動産は国庫に帰属するとする民法第239条第2項により、所有権が放棄された土地は最終的に国庫に帰属することを前提としている。

第2 土地所有権の放棄の要件及び手続

土地の所有者は、次に掲げるような要件を全て満たすときは、土地の所有権を放棄することができるとする規律を設ける。

- ① 土地の権利の帰属に争いがなく筆界が特定されていること。
- ② 土地について第三者の使用収益権や担保権が設定されておらず、所有者以外に土地を占有する者がいないこと。
- ③ 現状のままで土地を管理することが容易な状態であること。
- ④ 土地所有者が審査手数料及び土地の管理に係る一定の費用を負担すること。
- ⑤ 土地所有者が、相当な努力が払われたと認められる方法により土地の譲渡等をしようとしてもなお譲渡等を行うことができないこと。

（注1）土地所有権の放棄の要件の有無を国の行政機関（放棄された土地の管理機関とは別の機関とすることが想定される。）が事前に審査し、この機関が放棄を認可することにより国庫帰属の効果が発生するとすることを前提としている。なお、審査機関を放棄された土地の管理機関とは別の機関とする場合には、土地所有権の放棄の要件は可能な限り定型的で簡明なものとする必

⁶⁴ 第2回会議議事録11頁。

⁶⁵ 「中間試案のたたき台（土地所有権の放棄）民法・不動産登記法部会資料20」。

要がある。(下線は小柳)

イ. 土地所有権放棄論の特徴

(ア) 放棄の自由と権利濫用

a. 所有者の放棄権限の原則的承認

第10回会議での提案の、「基本的視点」は、「土地の所有者は、法令の制限内において自由に土地を処分する権利を有しており(第206条)、所有権を放棄することも基本的に自由に認められるとも考えられる。」であった(部会資料20の3頁)。これを前提に、土地所有権放棄の要件論も、「土地所有権の放棄を認める要件を設定するに当たっては、放棄が権利濫用とならない場合、すなわち、土地の管理コストが不当に転嫁されず、モラルハザードも生じない場合を類型化する必要があると考えられ、土地所有権の放棄を認める趣旨も、現在適切に管理されている土地が将来管理されなくなることを防止することが基本になると考えられる(前記第1の補足説明参照。)」とされた(部会資料20の4頁)。

b. 所有者の放棄権限についての疑問

以上の提案は、従来からの議論から見て違和感のないものであったが、土地所有者の放棄権限の根拠を民法206条の「処分」に求めたことに議論があった。佐久間毅幹事は、次のように論じた。

「説明の仕方として、要望があるんですが、3ページの基本的視点のところ。前も一度申し上げたことなんですが、土地の所有者は自由に土地を処分する権利を有しており、権利の濫用は駄目なんだよね、というふうな書き方がされているんですが、民法206条の立法がされた当時から既に、これとは違う考え方が示されていたところでして、実は調べてきたんですけども、梅謙次郎の『民法要義』を見ましても、民法206条で定められているのは物の処分についてであって、権利の処分は入っていないというふうに書いてあるんですね。

権利の放棄は入っていないということが書かれていて、この考え方を採るべきだというふうには私は申しませんけれども、やはり考え方は二つあるはずなので、もし工夫できるのであれば、中立的な考え方というんでしょうか、権利の放棄をすることができるという考え方あれば、そうでない考え方もあると。しかし、一定の事

情の下では、放棄に当たることを認める必要はありますよねというふうな、ざっくりですけども、そういう書き方が、もしできるのであれば、私はそうしていただいた方がよいかと思います。

権利の放棄ができるということを前提に、今回の制度が組まれるということになると、後々ちょっと、波及効果もあるのかなと心配しますので、私はそう望みますということを申し上げます。」(下線は小柳)⁶⁶。

この発言には、二つの意味がある。一つは、形式的・理論的議論(「説明の仕方」)であり、民法は土地所有者による所有権放棄を容認しているという考え方の根拠を、民法206条に求めるか、それとも、権利の一般理論に求めるかという問題である⁶⁷。

もう一つは、実質的な議論であり(「前も一度申し上げたことなんですが」)、「(梅の民法要義に…小柳中)権利の放棄は入っていないということが書かれていて」、文脈及び下線部からすれば、《梅謙次郎は、所有者に放棄権限はないと考えていた。それゆえ、所有者には、本来放棄の権限はないはずである。「土地の所有者は自由に土地を処分する権利を有しており、権利の濫用は駄目なんだ」という事務局提案の立論は、梅の見解に反している。》という趣旨のように見える。

c. 放棄権限否定説の問題

筆者は、佐久間の《土地所有権の放棄をすることができるという考え方もある、そうでない考え方(もある)》の主張は、有力と考える(その場合、根拠と法律構成が問題になる⁶⁸)。しかし、佐

⁶⁶ 第10回会議議事録28頁。

⁶⁷ これについては、道垣内弘人が、「佐久間さんがおっしゃったところで第3番目になるところですが、民法206条を引用するのは、ちょっとまずいのではないかと思います。…仮に放棄ができるとすると、それは一般理論によって放棄ができるのであって、206条の文言によって放棄できるわけではないと考えられます」と論じた(同議事録30頁、下線及び二重下線は小柳)。

⁶⁸ 佐久間は、その著書である『民法の基礎 2物権(第2版)』(有斐閣、2019年)29頁で、「所有権の放棄は、物の管理や最終処分など所有に伴う負担が他人によって引き受けられることなく残る場合には、そもそもすることができないと考えることが適切であり、そうでないとしても、権利の濫用として効力を認められないか、ま

久間が《土地所有権の放棄はできない（「そうでない」）》という主張の根拠を梅の『民法要義』の記述に求めた点は、正当と考えない。

何故ならば、吉田克己は、「梅謙次郎も、先に引いたように、権利一般について、「権利は権利者に於て何時にても之を抛棄することを得へきは固より言ふを俟たざる所」であると断言するとともに、所有権放棄を前提とした法律関係の検討を行っている」⁶⁹、「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」⁷⁰と論じていた。

吉田の見解には根拠がある。梅は、地上権を抵当権の目的とした地上権者が地上権を放棄したときは、抵当権者に対抗できないと規定する民法398条の注釈で、所有権の放棄の場合を規定しなかった理由について、「理論上に於ては所有権を以て抵当権の目的と為したる場合に於ても若し所有者が其所有権を放棄するときは同様の問題を生ずべく而して抵当権の消滅せざるべきことは固より疑を容れず唯不動産の所有権を単純に放棄する者は極めて稀なるべき故に特に規定を設けざるのみ」と論じている⁷¹。吉田の見解が正当であろう。

たは、信義則上、放棄の効力を主張することができないというべきである。…動産については、無主物の先占による所有権の取得が認められているが(239条1項)、上のように考える場合には、動産の所有権を放棄する意思をもって占有を放棄しても、所有権の放棄と認められないか、放棄の効力の主張が認められない。」と論じている(29頁)。この点についての、議論が深められるべきであったと考えられる。筆者は、政策判断として、《管理が他人により引き受けられない限り、所有権の放棄はできない》と考えることは、一つの有力な立場と考えるが、その場合に、どのような法的構成によるべきかが問題になる。この点、伝統的な立場は、土地所有者が土地所有権を放棄することは一応可能であるが、しかし、権利濫用等になる場合は許されない、である。

⁶⁹ 吉田 257 頁。

⁷⁰ 吉田 256 頁注 19。

⁷¹ 梅謙次郎『民法要義 物権編』、同増補改版第 31 版（和仏法律学校・中外出版社・有斐閣書房、明治 44 年）593 頁。なお、この記述は、梅謙次郎『民法要義 物権編』（和仏法律学校、明治 29（1896）年）<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792145> 初版 534 頁には存在せず、後に挿入された。

d. 梅の「処分」論

更に、梅の『民法要義』の「処分」論の趣旨は、《日本民法では所有権は有体物を対象としているから、206 条にいう処分は、有体物の処分を指すのであり、無体物である権利は対象としない、それゆえ、民法 206 条の「処分」は、権利の譲渡や放棄を含まず、物の毀損等のことを言っている》という意味である⁷²。

梅の記述は、一般的であり、土地に限定していないし、また、「譲渡し若くは放棄すること」と述べ、譲渡も放棄と並列している。佐久間式の梅の読み方では、《梅は、権利の譲渡もできないと主張していた》ことになりかねない。一般的に考えて、動産や土地の所有権の譲渡が可能なのは疑いなしから、佐久間の読み方は適切といい難い。

佐久間は、《土地所有権の放棄はできない（「そうでない」）》と主張する場合には、権利とりわけ物権の処分可能性との関係で、吉田が行ったような、慎重な議論が必要であった。

ところが、事務局は、佐久間のこの発言に応じて、「補足説明の 1 段落目のところでしょうか、基本的に（土地所有権の放棄は…小柳）自由に認められるとも考えられるというところが、そうでないということも考え方として、十分あるということを書こうとしておったのですが、工夫ができるかどうか、ちょっと考えてみたいと思います。」と引き取った（第 10 回会議 議事録 29 頁）。その結

⁷² 「物を処分す」と云へは物を意の如く処置するの謂にして即ち之を毀損し又は其性質を変更する等是なり「権利を処分す」と云へは権利を意の如く処置するの謂にして即ち其全部又は一部を譲渡し若くは之を放棄する等是なり。今所有権は物権にして物即ち有体物の上に存する権利なる以上は「所有者が物の処分を為す権利を有す」と云へは物を意の如く処置するの謂なること蓋し疑を容るへからず然らずんば財産権は大抵皆処分権を以て其構成成分と為すものと謂はすんはあるへからず蓋し之を譲渡し若くは放棄することを得ればなり」（梅・前掲『民法要義 物権編』（明治 29 年）98 頁、<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/792145>）、同増補改版第 31 版 104 頁。

梅は、放棄のみならず、譲渡と放棄を並列して論じている。梅の記述を《所有者は、その所有権を放棄できない》という趣旨に理解すると、《所有者は、その所有権を譲渡できない》ことになり、不当な結果になる。

果、土地所有権放棄についての基本的態度は、曖昧化することになった。

(イ) 認可制

第10回会議の資料は、土地所有権の放棄の要件の審査について認可制を前提としていた。それは、「国の行政機関（放棄された土地の管理機関とは別の機関とすることが想定される。）が事前に審査し、この機関が放棄を認可することにより国庫帰属の効果が発生するとすることを前提」と述べていた（部会資料20の3頁注（1））。

審議では、認可制についてほとんど議論がなかった。後に述べるように、認可制による不動産所有権移転で重要な農地法及び国土利用計画法は、認可のない売買等は、その効力を生じない旨を規定していたから、この点が後に問題になる。

(ウ) 放棄の要件

放棄の要件は、相当に厳格であった（部会資料20の3頁）。「①土地の権利の帰属に争いがなく筆界が特定されていること。②土地について第三者の使用収益権や担保権が設定されておらず、所有者以外に土地を占有する者がいないこと。③現状のままで土地を管理することが容易な状態であること。④土地所有者が審査手数料及び土地の管理に係る一定の費用を負担すること。⑤土地所有者が、相当な努力が払われたと認められる方法により土地の譲渡等をしようとしてもなお譲渡等を行うことができないこと。」のすべての要件の充足が必要である。

また、第2回会議において存在した「所有者に責任のない事由により、土地が危険な状態となり、所有者が負担する土地の管理に係る費用が過大になっているとき」の要件がなくなった点は注目される。

(3) 中間試案

中間試案（2019（令和元年）年12月3日）は、認可制による土地所有権放棄を提案した。

ア. 中間試案の提案

「中間試案」の「第5 土地所有権の放棄」は、次のとおりであった（28頁以下）。

「1 土地所有権の放棄を認める制度の創設

土地の所有者（自然人に限る。）は、法律で定めるところによりその所有権を放棄し、土地を所有者のないものとするができるとする規律を設けることについて、引き続き検討する。

2 土地所有権の放棄の要件及び手続

土地の所有者は、次に掲げるような要件を全て満たすときは、土地の所有権を放棄することができるとする規律を設ける。①土地の権利の帰属に争いがなく筆界が特定されていること。②土地について第三者の使用収益権や担保権が設定されておらず、所有者以外に土地を占有する者がいないこと。③現状のままで土地を管理することが将来的にも容易な状態であること。④土地所有者が審査手数料及び土地の管理に係る一定の費用を負担すること。⑤土地所有者が、相当な努力が払われたと認められる方法により土地の譲渡等をしようとしてもなお譲渡等を行うことができないこと。

イ. 中間試案の特徴：二つの魂

中間試案は、放棄を「最後の手段」としてのみ容認した。具体的には、次の通りである。

(i) 放棄制度の創設（自然人に限って、土地所有権の放棄を認める制度を創設）、(ii) 放棄された土地の国への帰属（市町村帰属主義の排除）、(iii) 厳格な要件による土地所有権放棄（一定の審査などで要件を満足するときに限り放棄できる）。(iv) 関連する民事法上の諸課題として、共有持分の放棄、建物及び動産の所有権放棄、所有権放棄された土地に起因する損害の填補についての検討。以下、順に論ずる。

(i) 放棄を明確に認める制度の創設である。「民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」（以下、「補足説明」という。）は、「土地所有権の放棄については、現行民法に規定がなく、確立した最高裁判例も存在せず、その可否は判然としないため、土地所有権の放棄を可能とするためには、新たな制度を創設する必要がある。」としている（補足説明 148頁）。

そもそも、中間試案の立場は、政策論としては、「土地所有権の放棄については、基本的には認め

るべきではない」⁷³が、現状では管理不十分の土地が存在し、また将来は増加の傾向にある。そこで、「現在適切に管理されている土地が将来管理不全状態となることを防ぐとともに、相続による所有者不明土地の発生を抑制するために、一定の要件を満たす場合に限定して、所有権の放棄を認める制度を創設する」ものである。土地所有権放棄に消極的な理由は、土地所有権放棄は、土地所有にともなう義務・責任・管理コストを国、最終的には国民に転嫁するものであり、また、容易に放棄を認めると、所有者が土地を管理しなくなるモラルハザードを招きかねないからである。中間試案は、土地所有権放棄を自然人に限った。これは、多くの所有者不明土地の原因が相続登記未了にあることに由来する。それ故、納得しうる考え方である。

筆者は、多くの学説とともに、民法は土地所有権放棄を否定していないと理解しているのであり、中間試案が放棄について規定を新設することを正当と考えた。また、中間試案が放棄に比較的に厳格な要件を課していることも支持した⁷⁴。その理由は、土地所有権放棄を広範に認めるときには、所有者にとって不要・有害な財産の行き場を国等とする放棄が相当に出現しかねず、国ひいては国民全体にとって大きな負担になることであった。

(ii) 中間試案は、放棄された土地の帰属先を国とする現在の立法を継続した。法制審議会は、市町村とする方向も探ったが、市町村からは、従来どおり国とすることが適切である旨の回答があっ

たためである⁷⁵。筆者は、市町村を土地所有権放棄の第一次的受け皿とするフランス民法典 713 条（改正後）を有益と考えてきたので残念であるが、やむを得ない。なお、市町村が放棄土地を入手することは不可能ではなく、土地所有権放棄の審査機関から市町村に連絡がなされ、市町村が任意に取得する途が検討されている。

(iii) 中間試案の土地所有権放棄の要件は、相当に厳格である。①土地の権利等に争いがなく、②土地について第三者の権利設定がないこと、③現状の土地管理が容易なこと、④土地所有者の審査手数料等負担、⑤土地所有者による譲渡等のための相当な努力が要件である。要件設定の基本方針は、「要件を設定するに当たっては、土地の管理コストが不当に転嫁されず、モラルハザードも生じない場合を類型化」することであった。これらの要件は、もともと、土地所有権放棄が権利濫用にならない場合を類型化するとして考案されたものが継承された。

(iv) 中間試案は、認可制の土地所有権放棄を提案した。要件の充足を審査する機関の役割について、補足説明は、「所有権の放棄をいわゆる認可制（私法上の法律行為の効果を完成させるために認可の行政処分を介在させる）とし、土地所有者は、放棄の意思表示（認可申請）を審査機関に対して行うものとし、審査機関が認可の行政処分をすればその時点で所有権の放棄の効果が発生して土地が国庫に帰属するものとする」と述べた⁷⁶。審査機関が要件不充足を理由に土地所有権放棄を認可しなかったときは、「放棄を求める者は、不認可処分の取消しを求める抗告訴訟や行政不服審査（行政不服審査法とは別の法律において定められる特則が規定する審査も含む）によって救済を求める」ものとされた。

⁷³ 筆者は、この記述について、《民法は、土地所有権放棄を禁止していないが、それが権利濫用等になる場合は、放棄は無効である。（そして土地所有権放棄の場合は、権利濫用等になる場合が相当多い。）》のうちの、下線の部分だけを示したものと理解していた。その理由は、立法に際しては学説に争いのある問題に言及しない場合があること、もしも、それが一般論として、民法では、土地所有権放棄は許容されないというのであれば、その根拠、動産での扱い等について言及すべきであることである。

⁷⁴ 小柳春一郎「中間試案」における土地所有権の放棄——「最後の手段」としての認可制による国への帰属」ジュリスト 1543 号（2020 年）26 頁。

⁷⁵ 「令和元年 10 月 29 日土地所有権の放棄に関する意見全国市長会経済委員会」（法制審議会民法・不動産登記法部会第 9 回会議（令和元年 10 月 29 日開催）提出資料）。

⁷⁶ 補足説明・前掲注(9)152 頁注(1)。

ウ. 中間試案の問題点

(ア) 土地所有権放棄の位置づけ：権利濫用の一環か？

筆者は、中間試案の土地所有権放棄論について、従来の伝統的立場と類似したもの、すなわち、《民法は、土地所有権放棄を許容しているが、それが権利濫用等になる場合は許容されない。》という立場と連続したものであると考えた。その理由は、中間試案の直前の第10回会議提案が、「土地所有権の放棄を認める要件を設定するに当たっては、放棄が権利濫用とならない場合、すなわち、土地の管理コストが不当に転嫁されず、モラルハザードも生じない場合を類型化する必要があると考えられ」と述べ、そこで提示した要件（①土地の権利等に争いがなく、②土地について第三者の権利設定がないこと、③現状の土地管理が容易なこと、④土地所有者の審査手数料等負担、⑤土地所有者による譲渡等のための相当な努力）がそのまま中間試案の提案になったからである。

もっとも、これに対して、本稿を準備する過程の研究会では、吉田克己が異なる理解もありうることを指摘した。それによれば、中間試案は、《そもそも土地所有権放棄は許容されないが、特別の場合に限り、これが許容される》という立場である。これは、中間試案の「土地所有権の放棄については、基本的には認めるべきではない」という記述などを根拠とする。これもまた、有力な考え方である。

こうしてみると、中間試案には、土地所有権放棄はそもそも民法上許容されるという立場と許容されないという立場の二つの魂が存在したことになる。もっとも、両者は、ともに原則の提示であり、土地所有権放棄を原則として許容しつつ、例外として権利濫用になる場合は許されないとすることも可能である。そして、先に見た登記先例の回答などは、この例外に該当する場合が実際上多いことを想定していた。また、土地所有権放棄は原則として許容されないとしつつ、その例外として、国が所有権帰属を認める場合を設けることも可能である。この場合は、国の政策的判断により、

所有権帰属を認める範囲が決まる。制度設計としては、出発点の違いということも不可能ではないが、しかし、基本的立場の違いは制度設計の在り方にも関わっている。

(イ) 認可制と認可のない放棄行為の効果

中間試案の土地所有権放棄認可制の意義が問題になる。中間試案の「私法上の法律行為の効果を完成させるために認可の行政処分を介在させる」仕組みを理解するには、農地法及び国土利用計画法が参考になる。

農地法は、農地等の所有権移転等について、「当事者が農業委員会の許可…を受けなければならない。」（3条1項）と規定する。田中二郎が「第三者の行為を補充してその法律上の効力を完成せしめる行為を、学問上、認可又は補充行為という。…農地の権利移動の許可…のごとし。」と述べるように、この農地法の「許可」は、学問上・講学上は認可として理解されている⁷⁷。

同様の例として、国土利用計画法14条1項は、規制区域に所在する土地について、土地に関する所有権移転等を有償で行う「契約（予約を含む。以下「土地売買等の契約」という。）を締結しようとする場合には、当事者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。」と規定している。国土法の「許可」も講学上の「認可」とであると理解されている⁷⁸。

「許可」（補充行為としての講学上の認可）を受けない行為の効力について、農地法では、3条6項が「第一項の許可を受けないで締結した土地売買等の契約は、その効力を生じない。」と規定し、国土利用計画法では、14条3項が「第一項の許可を受けないで締結した土地売買等の契約は、その効力を生じない。」と規定している。これらの規定は、認可という補充行為がない限り、基本行為だ

⁷⁷ 田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』（弘文堂、1974年）123頁。また、塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論〔第6版〕』（有斐閣、2015年）130頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ—行政法総論（第7版）』（有斐閣、2020年）102頁。

⁷⁸ 清水康之「国土利用計画法の概要-3-」地域開発120号（1974年）53頁。また、河野正三『国土利用計画法（特別法コンメンタール）』（第一法規、1977年）133頁。

けでは所有権移転等の効果が発生しないと規定した。

とすれば、農地法や国土利用計画法にならって、土地所有権放棄認可制を貫徹するならば、認可を受けない放棄の意義を明らかにするために、《認可を受けないで土地所有権の放棄は、その効力を生じない》旨の規定を設けることが必要になる。そうでなければ、認可を受けない又は認可を受ける前の放棄の法的効果（認可という補充行為がない場合の放棄の法的効果）が曖昧になる。

認可制の仕組みは、土地所有権放棄の原則的否定規定の新設に結び付きかねない。もっとも、これは、土地所有権放棄制度を一定程度認めようとした立法当初の目論見と異なる結果にもなりかねない。

（４）第16回会議の提案（認可制土地所有権放棄＋土地所有権放棄否定規定）

第16回会議では、次のように、認可制土地所有権放棄を維持しつつ、民法に土地所有権放棄否定規定を設けるとの提案があった（部会資料36）。

ア．土地所有権放棄提案の概要

第1 土地所有権の放棄を認める制度の創設

不動産は、法令に特別の定めがある場合を除き、その所有権を放棄することができないものとする規律を民法に設けた上で、次のような規律を内容とする土地所有権の放棄に関する法律を制定することで、どうか。

1 土地の所有者は、法律の定めるところに従い、審査機関の認可を受けて、所有する土地の所有権を放棄することができるものとする。

2 土地が二人以上の共有に属する場合における所有権放棄の認可の申請（第1において「放棄申請」という。）は、全ての共有者が共同してしなければならないものとする。

3 放棄申請をしようとする所有者は、その申請に先立って、政省令で定める方法により、売却、貸付け等の処分その他の行為を試みなければならないものとする。

4 1の認可は、放棄申請の対象地が、次のいずれかに該当するものである場合には、することができないものとする。

（1）所有者が相続（遺産の分割や特定財産承継遺言によるものを含む。）又は遺贈（受遺者である所有者が遺言者の相続人であった場合に限る。）以外により取得した土地

（2）担保権又は使用及び収益を目的とする権利が設定されていることその他これに準ずる事情がある土地として政省令で定めるもの

（3）権利の帰属について争いがある土地として政省令で定めるもの

（4）その管理又は処分に過分の費用を要する土地として政省令で定めるもの

5 放棄申請をしようとする者は、政令で定めるところにより、政令で定める額の認可に係る手数料及び土地の管理に係る手数料を納付しなければならないものとする。

イ．土地所有権放棄提案の特徴

第16回の土地所有権放棄提案は、中間試案と2点において異なる。

（ア）民法に土地所有権放棄否定規定新設

第一に、民法において、「不動産は、法令に特別の定めがある場合を除き、その所有権を放棄することができないものとする規律」を設ける。これは、前述の認可制と一貫した立場であり、認可のない不動産の譲渡は、許容されない旨を明言している。

しかし、この規律の根拠が問題になる。この点について、提案の説明は雄弁ではない。また、動産所有権の放棄は許容されるのか、不動産の場合との相違をいかに説明するかも疑問になる。さらに、不動産と言いながら、実際は、土地所有権だけを問題にしており、建物の位置づけも疑問になる。

（イ）相続以外を取得契機とする土地の所有権放棄否定

第二に、放棄不可能な土地として、「所有者が相続（遺産の分割や特定財産承継遺言によるものを含む。）又は遺贈（受遺者である所有者が遺言者の相続人であった場合に限る。）以外により取得した土地」を挙げる。この点は、従来になかった。この理由について、「部会資料36」は、次のように述べた。

「試案では、所有権を放棄することができる土地の取得原因には制限を設けていなかったが、パブリック・コメントにおいては、人口減少等を背景にして、土地を相続した者が、同土地の所在地近郊に居住していないなどの事情により、土地を適切に管理し続けることが困難であるケースが今後増加することに対応すべきとする意見や、包括承継主義を採用する相続法制にあっては、土地所有者が当該土地からの受益者と必ずしもいえず、相続を契機として管理コストの大きな土地の権利関係に巻き込まれる場合があり、そのような土地所有者が過度な土地の管理コストを負わないようにすべきとの意見があった。

これを踏まえて検討すると、前記1のとおり、相続(遺産の分割や特定財産承継遺言によるものを含む。以下同じ。)により土地を取得した者は、当該土地からの受益がなくても、相続を契機として土地をやむを得ず所有していることが典型的にあり得るため、相続により土地を取得した者については、一定の限度で、土地の管理の負担を免れる途を開くことが相当であると考えられる。」(部会資料36の9頁)

以上のように、パブリック・コメントが相続により取得した土地について放棄の必要性が高い場合があることを指摘したことが根拠になっている。そのうえで、部会資料36は、「自然人が売買や贈与、死因贈与などにより自らの意思で土地を取得した場合には、その管理の負担を免れさせることは相当ではなく、土地所有権の放棄を認める必要性に乏しいと考えられる。そこで、相続又は相続人に対する遺贈(以下「相続等」という。)により土地を取得した所有者についてのみ土地所有権の放棄を認める」と指摘した。

しかし、筆者が「『民法・不動産登記法(所有者不明土地関係)等の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要(1)」⁷⁹を見た限りでは、「《売買等の(相続以外の)原因により取得した土地の放棄を認めるべきではない》」という指摘を見出すことができなかった。相続された土地につ

いては配慮があるべきであるという指摘があったとしても、それは、相続された土地については、優先的に放棄を認めるべきであるという趣旨ではないか?とも考えられる。

ウ. 会議での議論

第16回会議では、土地所有権放棄制度の利用見込み調査の報告(⇒(ア))の後、放棄不自由原則提案が問題になり、これに対して相当の批判があった(⇒(イ))。相続由来土地に制度の対象を限定することにはあまり議論がなかった(⇒(ウ))。

(ア) 土地所有権放棄制度の利用見込み

土地所有権放棄制度の利用見込みに関する調査によると、「土地を所有している世帯の中で土地所有権放棄制度の利用を希望する世帯の割合を推計したものであって、宅地所有世帯の13.16%、農地所有世帯の22.10%、林地所有世帯の25.81%、平均すると土地所有世帯のうちの20.36%が土地所有権放棄制度の利用を希望している」ことになった。これは、相当の利用希望等が生ずることを意味する。さらに、中間試案程度の要件を充足するかについては、「この推計結果によると、全国の土地のうち約1%の土地が所有権放棄制度を利用して放棄される可能性がある」ことが判明した。

(イ) 放棄不自由原則への転換

a. 放棄不自由原則への転換の理由

放棄自由原則からの転換の理由は二つである。第一は、中身の問題である。事務局は、「元々所有権の放棄というのは自由にできるのではないかという議論、確かに中間試案の前までに部会資料でも書いて御議論をお願いしていた」が中間試案は相当厳しい要件であった、「結局のところ、所有権の放棄というのは自由にできないという方向に近い内容になっていたのではないだろうか、例外的にできるものというものを示すことになっていたのではないかという、その中身の問題としてそういうところがあるかなと思いました。」と述べた。

第二は、法制的観点である。事務局は「法制的な観点でいえば、現行法では土地所有権の放棄ができるのか、できないのか分からないという出発点があって、実際に放棄が認められた例はあまり

⁷⁹ 「『民法・不動産登記法(所有者不明土地関係)等の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要(1)」。

聞かないというところですので、基本的にできないという方向で整理をした上で、放棄ができる例外的な場合というのを新たな仕組みとして作るということを改めて提案した。」と述べた（議事録5頁（大谷太・法務省民事局参事官））。

b. 土地所有権放棄不自由原則提案への批判

土地所有権放棄不自由原則規定を民法に設けることには批判があった⁸⁰。

一つは佐久間毅からの批判である。それは、「不動産放棄が不可能と民法に書くと、動産放棄が可能な様に見える」という趣旨であった⁸¹。もう一つは、むしろ、動産所有権放棄はできるという趣旨からの批判であり、中田裕康は、「動産放棄は可能であるから、不動産放棄が不可能なことの特別な説明が必要である」という趣旨で論じた⁸²。

更に、松尾弘も、土地所有権放棄が「原則できないというのはちょっとインパクトとしては大き過ぎる」と指摘した。その理由は、「権利濫用に当たらない場合について、法律が特に定めて要件を満たした場合には認めますよという方が、従来の土地所有権放棄をめぐる制度との連続性を保ち得る」、②「要件をクリアすれば認可をしなければならぬという制度構成をとるとすれば、原則は所有権放棄を認めるという立脚点に立つことになる」、③「不動産に限って所有権の放棄を認めない

ということになると、ほかの制度へのインパクトとして、動産については否定できないこととの法理上のバランス」が問題である、であった。

この結果、後の第19回会議の提案では、不自由原則規定提案は、撤回される。

（ウ）相続契機取得土地への限定

これについては、あまり議論がなかった⁸³。その結果、次の第19回会議での提案でも維持される。

（5）第19回会議の提案

第19回会議（2020（令和2）年10月6日）では、標題自体が、「相続を契機にして取得した土地の国への所有権移転（いわゆる土地所有権の放棄）」となるなど、基本的な部分での転換があった。

ア. 土地所有権の国への移転制度

19回会議での提案は、次のとおりである（部会資料48の1頁）。

「相続を契機にして取得した土地の国への所有権移転（いわゆる土地所有権の放棄）」

第1 土地の所有権の国への移転を認める制度の創設
民法に所有権の放棄に関する新たな規律を設けることなく、次のような規律を内容とする土地の所有権の国への移転に関する法律を制定することで、どうか。

1 相続又は遺贈（相続人に対する遺贈に限る。）により土地の所有権（その共有持分を含む。）を取得した者は、この法律の定めるところに従い、所有権の移転の認定処分を受けることによりその土地の所有権を国に移転させることができる。

2 土地の共有持分を有する者のうち、1の適用を受けない者は、1の適用を受ける者と共同して申請する場合に限って、所有権の移転の認定処分を受けることによりその土地の所有権を国に移転させることができる。

3 1の認定処分は、土地の一筆ごとにするものとする。

4 土地が二人以上の共有に属する場合における認定処分申請（国への所有権の移転の認定処分の申請をいう）

⁸⁰ 吉原祥子は「放棄できないと書く方が一般国民の受け止めとしては実態に即したものと理解を得やすい」として賛成した（第16回議事録20頁）。

⁸¹ 「民法に不動産の所有権の放棄について定めることはいいのかなと思うのですが、それがほかの権利の放棄になるべく影響を及ぼさないようにした方がよろしい…補足説明のところでは、動産については放棄が許されているではないかというふうに書かれておるわけですが、動産についても全くその単独行為として自由に意思表示をするだけで放棄することができると考えている方がどれほど多くあるかについては、やや疑問」（第16回議事録12頁）。

⁸² 「どうして不動産については所有権を放棄できないのかということの理由付けを明確にする必要があるのではないかと思います。その一つとして考えられるのは、所有権の内容である「処分」には放棄を含まないという説明です。しかし、そうすると動産にも及ぶということになりますから、これではうまくいかないと思います。」（第16回会議議事録12頁）。

⁸³ 蓑毛良和は、弁護士会ワーキンググループの検討を踏まえて、「主として放棄の申請時点における当該土地の性状や当該土地に関する権利関係、事実関係、こういったものに着目して要件を設けて判断すべきだ」との理由で批判した（第16回会議議事録6頁）。

以下同じ。)は、全ての共有者が共同してしなければならない。

5 認定処分申請をしようとする者は、その申請に先立って、政省令で定める方法により、売却、貸付け等の処分その他の行為を試みなければならない。

6 1の認定処分は、認定処分申請の対象地（以下「認定処分申請地」という。）が、次のいずれかに該当するものである場合には、することができない。

- (1) 建物が存在する土地
- (2) 土地の管理又は処分を阻害する工作物、車両又は樹木その他の有体物が地上に存在する土地
- (3) 急傾斜地として政令で定める土地
- (4) その土壌の政令で定める有害物質による汚染状態が当該有害物質の種類ごとに政令で定める基準に適合しないと認める土地
- (5) 地下に埋設物その他除去しなければ土地の通常管理又は処分をすることができないものが存在する土地
- (6) 担保権又は使用及び収益を目的とする権利が設定されている土地
- (7) 境界が明らかでない土地その他所有権の存否、帰属又は範囲について争いがある土地
- (8) 隣接する土地の所有者その他の者との争訟によらなければ通常管理又は処分ができない土地
- (9) (1)から(8)までに掲げる土地のほか、管理又は処分をするに当たり過分の費用又は労力を要するものとして政令で定める土地

7 認定処分申請をしようとする者は、政令で定めるところにより、政令で定める額の審査に係る手数料及び土地の管理に係る手数料を納付しなければならない。」

イ. 土地所有権移転制度の特徴

本制度（以下では、「特定土地所有権移転制度」と呼ぶ。）は、以下の点が特徴である。

(ア) 承継取得制度

第一に、本制度は、土地の承継取得の制度である。この点について、「(注1) 国は、1の認定処分がされた場合には、土地の所有権を所有者から承継取得する」とある（部会資料48の3頁）。それ故、本制度の標題は、「相続を契機にして取得した土地の国への所有権移転（いわゆる土地所有権

の放棄）」であり、従来検討されてきた「土地所有権の放棄」の延長線上にあるように見えるが、それは表面的なものである。本制度では、これまで検討されていた民法239条2項を媒介にした原始取得制度（単独行為としての土地所有権放棄⇒土地の無主物化⇒土地の原始取得による国への帰属）とは全く異なるメカニズムである承継取得により国に土地所有権が移転する。

(イ) 相続原因取得土地のみを対象

第二に、本制度の適用対象である。本制度は、標題にあるように、「相続により取得した土地」に限定して適用される。それ以外の、例えば、売買や贈与により取得した土地には適用されない。これは、「所有者不明土地や管理不全土地の発生を防止するとともに、相続を契機にしてやむを得ず土地の共有持分を取得した者が、一定の限度で土地の管理の負担から免れる途を開くという政策的見地」から設けられた制度である（部会資料48の7頁）。

(ウ) 民法上の土地所有権放棄についての沈黙

第三に、本制度は、民法の外に設けられる特別法を予定した制度である。

既に述べたように、第16会議での部会資料36は、「不動産は、法令に特別の定めがある場合を除き、その所有権を放棄することができないものとする規律を民法に設け」る旨の提案をした。しかし、これには、有力な反対があった。この点について、部会資料48は次のように述べた。

「不動産については、法令に特別の定めがある場合を除き、その所有権を放棄することができないものとする規定を民法に設けると、動産の所有権放棄の可否についての議論にも影響を及ぼす可能性があることなどから、反対する意見が複数あった。…土地所有権の放棄という構成をとるのであれば、前回の提案のように、不動産の所有権放棄についての規律を置くことになり、そうすると、動産の所有権放棄についての規律の在り方が問題となるが、動産にはその大きさや価値において様々なものが存在するため、適切な規律を設けることは難しい」（部会資料48の4頁）。

(エ) 贈与契約でない形で国の無償取得

第四に、本制度は、贈与契約ではない。この点について、補足説明は、「審査機関による認定処分がされたときに、申請者と国の間で贈与契約が成立したものとみなして、土地所有権を国に移転させる構成も考えられるが、端的に認定処分により所有権が移転するものとすれば足りる」と述べている（部会資料 48 の 5 頁）。

この理由は、明らかでないが、筆者の考えでは、通常の贈与契約では受贈者が利益を受けるのに対して、本制度は土地の取得者は一種の厄介者を引き受けるものであることが関連する。

贈与は、「無償で（対価なしに）財産を与える契約」であり、その点では本制度と同様である。しかし、通常の贈与契約では受贈者が利益を得る。贈与者の動機は、利他的な動機のみならず、報恩、将来奉仕期待等の対価的・利己的なものがあるが、いずれにしても、受贈者が利益を得ることを前提としている⁸⁴。これに対して、本制度では、相手方である国は、厄介者を引き受ける立場にあり、問題状況が異なる。

具体的には、改正前民法 551 条 1 項は、贈与目的物に瑕疵があった場合の贈与者の責任を軽減していた。この点、改正後民法 551 条 1 項は、「贈与者は、贈与の目的である物又は権利を、贈与の目的として特定した時の状態で引き渡し、又は移転することを約したものと推定する。」と規定している。これについて、中田裕康は、改正民法も現行民法と同様に、贈与の無償性を考慮し、贈与者の責任を売主責任よりも軽減する方針をとっているが、それを特殊な担保責任を定める方法によるのではなく、贈与者がどのような義務を負うかを推定する方法で示していると指摘している⁸⁵。本制度により国が引き受ける土地が一種の厄介者であるとする、そこに瑕疵がありうる場合があることも想像され、贈与契約のような贈与者責任軽減は適当ではない。

(オ) 厳格な要件

第五に、本制度による国への土地所有権移転がなされるのは、極めて例外的な場合である。部会の検討の成果である中間試案においても、土地所有権放棄の要件は厳格であったが、本制度は、それをさらに細かく規定したため、本制度による土地所有権の国への移転がほとんど不可能とも考えられることになっている。

ウ. 第19回会議提案の問題点

筆者は、19 回会議の提案（土地所有権移転制度）は、問題があると考えている。その理由は、第一に、19 回会議提案は、土地所有権放棄について、何らの態度決定をしなかったこと、第二に、新提案の土地所有権移転制度の要件が硬直的であり、厳格に過ぎると考えられることである。

（ア）民法239条2項型土地所有権放棄についての態度未定

第一の点について述べれば、第 19 回会議提案は、これまで数多く議論があった単独行為である意思表示による土地所有権放棄について沈黙した。これについて、資料は、「これまで、民法第 239 条第 2 項を前提に、土地所有者の申請を受けて所有権放棄を認可する行政処分をすることにより土地を所有者のないものとし、同項によりその土地を国庫に帰属させるという構成をとることを提案してきたが、最終的に土地を国に帰属させることが目的なのであれば、行政処分によって土地所有権が国に移転するとした方が直截であると考えられる。」と述べている。

しかし、土地所有権放棄について、一定の法的枠組みを作り、これに加えて、贈与に近い直接的土地所有権移転メカニズムを設けることも可能であった。確かに、民法 239 条 2 項型土地所有権放棄によらず、土地所有権を国に承継移転させる制度新設は有益である。しかし、法制審議会の諮問事項は、土地所有権放棄について、一定の整理を行うこと、そして明確な対応をなすことを求めている。本制度は、諮問事項に対応していないのではないかとすら考えられる。

⁸⁴ 我妻榮『債権各論 中巻二（民法講義 V2）』（岩波書店、1962 年）221 頁。

⁸⁵ 中田裕康『契約法』（岩波書店、2017 年）271 頁。

(イ) 新規提案の土地所有権移転制度

第二の点に関して、土地所有権移転制度の要件は、非常に厳格である。とりわけ、相続を契機として取得した土地だけが本制度による土地所有権移転の対象になる。

実際のところ、相続人が特定土地を望まない場合には、被相続人に生前に重要財産を譲渡してもらい、相続対象が放棄対象土地になるようにし、そのうえで、相続放棄すれば、同じような結果が得られる。特に、わざわざ新制度を設ける必要があるのか疑問になる。また、売買により取得した土地（自らの意思により取得した土地）は、売買を行った世代が所有する限りは、本制度の対象にならないが、その所有者が死亡すると、相続人は本制度の利用が可能になる。このことに実質的な意義があるとも考えにくい。

おわりに：制度改善の方向

法制審議会のスケジュールを考えると、本制度に近いものが、答申・立法化される可能性が高い。筆者の考えでは、これは、適切ではない。

筆者の提唱する制度改善の方向は、第一に、土地所有権放棄（無主不動産とするための放棄）について、正面から立法を行うこと、第二に、これに加えて、本制度の予定するような贈与契約類似（又は贈与契約）による国等への所有権移転制度を設けることである。

第一について、筆者は、従来から多くの学説・登記実務・裁判例が説いてきた立場《民法自体は、土地所有権放棄を否定していないが、しかし、それが権利濫用等になる場合は、放棄ができない》を前提とすべきであると考え。これと逆に、民法自体に、《不動産は、法令に特別の定めがある場合を除き、その所有権を放棄することができないものとする規律》を設けようとすると、その根拠は何か？動産との違いは何かなどの多くの疑問が登場する。

筆者は、ここで、国等によるチェック（認可ではない）による土地所有権放棄の途を開くことが必要であると考え。それに適切なものは、法制審

議会が提案したような認可制ではない。というのも、認可を受けない法律行為について、その効力を否定する（《放棄はできない》）旨の規定を設けることになるからである。

ここで参考になるのは、建築確認の仕組みである。行政法学者の小幡純子は、「建築確認」は、行政法理論の伝統的表現を用いれば、「準法律行為的行政行為」（認可のような法律行為的行政行為ではない…小柳注）と概念づけられ、申請された建築計画が、法令に適合しているということを建築主事が確認する行為である。法律のつくりとしては、建築主事が行うのは、単に法令に適合していることを確認するのみであるため、それ自体は、建築を許す、或いは許さないと公権的に決定する判断権を行使するものではない。⁸⁶と述べている。

建築工事開始には確認済証の取得が必要であるが（建築基準法6条6項）、これと同様に、放棄の登記に国が協力するには、この旨の確認が必要とすれば実効性を担保しうる。逆に、この確認を得られない場合には、これまでと同様に、放棄者は、国に対して登記引取請求訴訟を提起することになる。

この制度を採用すれば、建築確認におけると同様に、民間への業務開放も不可能ではない。その際の確認の要件であるが、民間開放も考えれば、裁量のないものとすべきである⁸⁷。民間の審査機関としては、建築確認では指定確認検査機関があるが、土地所有権放棄では、ランドバンクが想定しうる。

要件の具体的内容は、基本的には、中間試案の程度でよいと考えられるが、第16回会議以降の提案のような「相続を契機に取得した土地」に制度の対象を限定するのは厳格過ぎであり、売買等で取得した土地も対象となすべきである。その理由

⁸⁶ 小幡純子「都市・住宅・建築と行政法学との接点―建築確認を題材に―」都市住宅学 67号（2009年）159頁。

⁸⁷ 最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁は、「建築主事が当該確認申請について行う確認処分自体は基本的に裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものと解するのが相当である」と述べている。

は、土地の出自ではなく、土地の現況に基づいた審査にするのが、所有者不明土地対策の観点から有益であることである。

第二の、合意型の土地所有権帰属制度の併設である。ここでは、国が総合的判断に基づき、合意により土地所有権を取得する。本稿準備の研究会において、吉田克己は、第2回会議提案にあったような、状況によっては諸要件の充足を必要としない場合でも国が同意すれば帰属を認める場合があつてよいと論じた。これは、国による裁量を認めるものであり、合意型土地所有権移転に特に有効であると考えられる。

第19回会議の提案によれば、裁量の余地の乏しい贈与契約類似型土地所有権移転手続だけが創設されることになる。これでは、民法239条2項型土地所有権放棄の位置づけが不明確になりかねない。第19回会議の提案は、当初の問題意識と齟齬が大きくなっている。

これに対して、筆者は、裁量がないが故に民間にも業務を開放しうる・民法239条2項型土地所有権放棄と裁量の余地を広く持った合意型土地所有権移転の二本立ての方が、所有者不明土地問題に適切に対処しうると考えている。そして、後者の合意型土地所有権移転の場合には、国土管理等を考慮に入れて、国に損失があるような場合（「負財」である場合⁸⁸）でも政策的に土地を引き受けることがあつて然るべきと考える。

以上に加えて、相続放棄は当然可能であるから、現況で管理し難い土地を有する土地所有者は、①239条2項型土地所有権放棄、②合意型土地所有権移転に加えて、従来からあつた③相続人による相続放棄（他の重要財産は、贈与税を支払って生前に移転）という手段を組み合わせることが可能になる。

〔追記：本稿は、科学研究費基盤研究（C）19K01267（研究代表者小柳春一郎）及び同基盤研究（A）19H00573（研究代表者吉田克己）による成果である。〕

⁸⁸ 吉田・前掲注(22)274頁参照。