

不動産所有権放棄と所有者の意思

— 人口減少社会の土地法秩序の基盤研究 —

奥田進一

要 旨

わが国では、もはや高齢化社会を議論する時代は過ぎ、人口減少によってこれ以上の経済成長は望めず、次世代までを射程範囲にした超長期的低成長経済を考えなくてはならない状況に入っている。少なくとも第二次世界大戦後の日本経済は、完全に土地に依存した経済であったが、今後は、土地で財をなすことを主軸とした経済活動は成立しないであろう。そして、現在、土地をめぐる2つの法的問題が発生している。1つは所有者不明土地問題であり、もう1つは不動産所有権放棄問題である。本稿では、不動産所有権放棄問題を主に検討し、その前提として、まず、明治期以来、そもそも土地所有権および物権変動に対してどのような思想を背景として立法や法解釈がなされてきたのか、所有と占有あるいは登記との関係性をめぐる議論がいかなるものであったのか、という点を明確に示す。そして、土地所有権に関するわが国の歴史的、思想的系譜を踏まえて、所有者の意思という視点から、不動産所有権放棄の可否をめぐる議論に一石を投じることを目的とし、さらに、明治政府が現行民法において導入した近代的土地所有権とは、果たしていかなるものであり、それが今日の社会にどのような影響を及ぼしているのかについても若干の考察を行い、所有から利用へ軸足を移した土地法理論の構築をあらためて世に問うものである。

キーワード：不動産所有権放棄、意思表示、占有、登記、人口減少社会

はじめに

人口減少社会が現実になった今日、人口増加を前提としてきた社会インフラ整備やそれを支える前提としての社会常識の大きな転換が迫られている⁽¹⁾。すなわち、人口増加社会では、土地を所有することは万人共通の憧憬の対象であり、地価は常に上昇することが常識であったが、いまやその対極の現象が発生しつつある。

たとえば、バブル景気時に売り出された別荘地などの所有者が、買った時よりもはるかに安い費用で、しかも多額の手数料まで業者に支払って買い取ってもらう事例や、先祖伝来の広大な山林の相続人が、利用価値も利用予定もないことから、その所有権の放棄を求めて提訴した事例も発生している。最近では、このような土地は「負財」⁽²⁾あるいは「負債産」⁽³⁾と称されて検討さ

れることもあり、所有者からすれば所有権をごみのように放棄したいということなのであろう。しかし、現行民法には「不動産所有権の放棄」に関する規定は存在せず、むしろこのような現象は非常識であり、想定外であった。わが国では、伝統的に土地や建物という不動産は、きわめて重要で価値ある財産とみなされてきたが、少子高齢化に伴う人口減少社会の到来によって、むしろ一部地域等においては処分に関る厄介なものという存在になりつつある。

このような問題に対して、民法はその法解釈で対応するのか、それとも新たな立法によって解決するのか、大きな転機に差しかかっている。本稿では、諸外国の事例等も交えながら、土地所有権の放棄あるいはそれに準ずる処分の可能性を探り、所有よりも利用に軸足を移した社会とそれを裏付ける法の在り方を、意思表示の視点から検討することを目的とする。

1. 不動産をめぐる意思の多様化

所有者不明土地問題および所有権放棄問題は、いずれについても不動産の所有や利用に関する「意思」が、非常に多様化していることと関係している。もっとも、意思の多様化は、今日において急に始まったわけではなく、近代以降、社会や産業構造の変化に伴って進展してきたといえる。そこで、産業革命以降の200年近い歴史において、やや簡潔にはあるが、不動産の所有や利用をめぐる意思の多様化の変遷をたどってみる。

まず、とくに産業革命以降の社会では、所有や利用を「したい」という個人や組織の自由な意思の発露が中心となって経済が動き、法律が作られ、運用されてきた。しかし、結果として、それは都市化や再開発という現象となって「過剰利用」を招来した。そして、都市に集中した人口にいかに対処するのか、つまり、個人等の自由な意思のままに進められる無秩序な都市化を抑止すべき法制度や理論が案出されるべきであったのだが、実際には、都市化を促す立法や政策が推進されてきたといえよう⁽⁴⁾。

つぎに、所有や利用が「できない」、維持管理が「できない」という状況が発生する。これは意思の問題というよりは、どちらかという現実的な問題といえよう。たとえば、過疎化、高齢化、自然災害などによって、土地や建物を維持できないというような状況が該当する。ただし、大災害や大空襲、直近では東日本大震災など、過去にも同様の問題が発生しており、これをどのように克服してきたのかを検討する価値はあろう⁽⁵⁾。当然のことながら、各時代に、それなりのことは考えられ、研究されていたはずだが、すでに相当の時間が経過しており、歴史的な検証も必要であろう。

そして、所有や利用を「したくない」という意思表示が登場する。じつは、所有地なりを適切に管理「できない」という意思表示とかなり重複する現象でもある⁽⁶⁾。これは、単純にもう必要ないから所有も利用もしたくないという意思表示であり、権利放棄という形で表示されることになる。おそらく、過去に、所有や利用を「したくない」という意思が顕在化することはほとんど

なかったのではないかと考えられる。なぜならば、仮に権利放棄の意思が表示されたとしても、必ずどこかに所有や利用をしたいと考える人が存在し、当該人が所有権等を取得することで事態は收拾されるからである。ところが、今日、所有や利用を欲する人が存在しないという事態が出来ており、このような事態を、少なくとも土地所有権に関して法はおそらく想定していなかったといえよう。

このような意思の多様化は、同時代的に、同時進行しており、段階的に発生し、変化しているわけではない点に注意しなければならない。ここで、執筆者が個人的に経験した自然災害等により維持管理不能状態になった事例と、訴訟において所有権放棄を主張して話題となった事例とを紹介することで、意思表示の多様化について考えてみたい。

(1) 自然災害等により維持管理不能状態になった事例

【事案の概要】

AとB(漁師)は夫婦で、甲市で1978年から、鉄筋2階建てコンクリート造りの自宅を民宿を経営していた。彼らの自宅は、土地に関しては所有権登記を完了していたが、建物は未登記であった。その後、2008年にBが死亡して民宿も廃業したが、Aは相続登記を経ることなく、当該建物に単独で居住を継続していた。そして、2018年9月の台風24号によって、自宅2階の屋根の半分が損壊し、近隣の家屋にも被害が及ぶ。しかし、当該自宅建物も近隣家屋も無保険で、修繕の目途が立たなかった。Aは、2週間後に行方をくらませたため、亡Bの兄Cが、当該自宅を暫定的に管理する。Cは、2018年10月20日に市外の知人Dに無償利用を打診した。

【問題点の検討】

この事例からは4つの問題点を指摘できる。

① 土地・建物の所有権について

本件では、土地所有権に関しては、亡Bのままで、相続登記が行われていない。建物に関しては全く登記がなく、占有権のみが複数回にわたって移転されている状態だが、これは登記制度を知らない、あるいは意識していないということが原因として考えられる。

② Cの法的地位について

Cは、暫定的に当該自宅を占有しており、この状態の法的評価には困難を伴う。強いていえば他主占有者だが、所有の意思が存在しない。したがって、他主占有者といえるか否かは即断不可能である。Cは、親族としての義務的な占有を行わざるを得なかったというのが実態であり、法的義務は認められないが、事務管理は成立する可能性がある。

③ Aの責任について

台風という不可抗力をいかに評価するのかは問題であるが、民法717条の占有者としての工作物責任は確実に存在する。

④ Dの法的地位について

Dは、本件土地と建物を無償で利用しようとしているが、権利と責任あるいは義務について考える必要があろう。まず、権利関係については、Dが所有の意思を持って利用するならば、民法186条によってDの占有が推定される。そして、実際に占有が開始されれば、民法188条で占有権の適法性が推定される。しかし、所有の意思を持たない場合には、無権限者であるCによる無償貸与ということになる。つぎに、Dの責任あるいは義務についてであるが、法的な責任はないと考えるべきで、たとえば、Dが屋根を修繕したりすると、Aに対する事務管理が成立する可能性はある。しかし、すでにAは所在が不明であり、修繕費用なりを求償することは事実上不可能であろう。

(2) 所有権放棄事件（広島高裁松江支部判平成28年12月21日訟務月報62巻10号1671頁）

【事案の概要】

父親から山林の贈与を受けた原告Xが所有権放棄の意思表示をして、民法239条2項により国が所有権を取得したとして、国に所有権移転登記手続を求めて提訴した。これに対して裁判所は、「不動産について所有権放棄が一般論として認められるとしても、①本件所有権放棄は、原告が、将来の相続により自分が本件土地を保有し続けなければならない事態を避けたいとの考えのもと、所有権喪失を目的としてされたものであること、②この目的を実現するため、原告はあえて父親から贈与を受けて所有権を取得したうえ、直ちに所有権を放棄したこと、③原告は、本件所有権放棄により負担ないし責任が自分から国に移転することを認識していたこと、④本件所有権放棄を認めると、国は、財産的価値の乏しい本件土地について、管理に係る多額の経済的負担（測量費用等）を余儀なくされることを併せ考慮して、本件所有権放棄は、本件土地の負担ないし責任を国に押し付けようとするもので、不動産の所有者に認められる権利の本来の目的を逸脱し、社会の倫理観念に反する不当な結果をもたらすものであって、権利濫用に当たり無効である」と判示して、原告の請求を棄却した。

【問題点の検討】

本件判決は、不動産所有権の放棄が一般論として認められるとしながら、本件では、その目的が権利濫用にあたる状況が認められるとして無効と判断された。民法は、共有持分（255条）、地上権（268条）、永小作権（275条）、承役地所有権（287条）につき放棄を認めている。仮に、不動産の所有権が放棄されると、所有者がいなくなった不動産は国庫に帰属することになる（239条2項）。しかし、所有権そのものの放棄については、民法には明文の規定が存在しない。他方で、民法は、抵当権の目的である地上権または永小作権を放棄しても、そのことを抵当権者に対抗できないと規定している（398条）。つまり、民法は、基本的に地上権や永小作権の放棄を認めながら、抵当権者の権利を害する場合には、事実上放棄はできないという立場をとっているのである。本件判決は、土地所有権放棄が、当該土地の負担ないし責任を国に押し付けようとするものであり、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り、このことが権利濫用に当たると判示した。しかし、本件の原告が、訴えの提起前に害意を持って国の権利を侵害した事実は認められず、むしろ、納税義務や最低限度の管理責任は果たしてきており、将来の納税負担や管理責任に耐えられないと判断した結果として、所有権放棄という方法しか選択し得なかったからこそ、本件訴訟の提起に踏み切ったのであろう⁽⁷⁾。本件において、Xは、あくまでも所有権放棄の意思表示をしたにすぎず、権利行使をしているわけではない。もし、権利濫用であったとしても、果たしてXに害意、すなわち他人の権利利益を侵害しようというような意思表示はなされていない。本件判決では、Xが、不当に社会の倫理的観念に反する責任を国に押し付けようとしていると判断しているが、Xはそこまでのことは考えていなかったのではないだろうか。

他方で、もし、国がXの山林の所有権を取得したとして、つまり民法239条2項が適用されて国が所有権を取得したとして、果たしてどのような不利益が生じるのであろうか。たとえば、税収の減少や、山林の管理費用負担等を挙げることができる。しかし、本件山林に対する固定資産評価額は、おそらくかなり低いものであったと思われる、いまさらこのような山林が国や自治体の所有になったからといって、税収の低下というほどの影響はないと思われる。山林の管理費用負担についてはあり得るであろう。たとえば、枝打ちの人件費や、当該枝の処分費用等が国や自治体にとって負担増となることは容易に考えられよう。さらに、国や自治体が管理することによって、営造物責任が問われ得るということもあろう。

最も問題視されることは、本件判決によって、Xは、はたして今後、当該山林の所有権を積極的に維持して行使するのであろうか、ということである⁽⁸⁾。Xは、もともと本件山林を維持管理しようという意思を有していないのだから、所有権放棄を認めない本件判決に従っても従わなくても、今後、本件山林はさらに荒廃して行くことであろう。また、Xが高齢化し、あるいは財産状況が悪化した場合には、ますます維持管理が不能になろう。むしろ、本件判決は、Xの意思に反する権利行使を強いることになっているのではないだろうか。民法は、本人の意思に反する所有や占有を強制することができるのだろうか。本件判決は、このように従前にはほとんど考えられてこなかった問題も新たに提起したといえよう。

2. 判例の動向と民法の関連規定

(1) 判例の動向

判例は、民法239条2項の「所有者のない不動産は、国庫に帰属する」をいかに解釈してきたのであろうか。同条項に関連する判例としては、①大判大正10年3月4日民録27輯422頁、②仙台高判昭和32年3月15日下民集8巻3号478頁、③最判平成23年6月3日判時2123号41頁を挙げることができる。まず、①は、旧民法施行前の事件で、太政官布告による絶家の財産として残された土地所有権の行方が問題となった事案である。大審院は、直ちに国庫に帰属すると

扱うことには慎重にならざるを得ないと判示しており、民法 239 条 2 項の適用に消極的な判例と位置付けることができる。なお、戦後の判例としては、福岡高判昭和 49 年 12 月 23 日訟務月報 21 卷 4 号 770 頁も同旨である。

つぎに、②は、所有者がいなくなった土地は、やむを得ないので国が所有権を取得すべきだと判示しており、民法 239 条 2 項の適用を積極的に肯定しているといえよう。このほかに、一宮簡易判昭和 46 年 7 月 31 日下民集 22 卷 7=8 号 829 頁も、民法 239 条 2 項の適用を肯定的に解する。また、東京高判昭和 52 年 5 月 31 日東京高等裁判所民事判決時報 28 卷 5 号 118 頁は、旧土地台帳附属地図上において無番地の表示であった土地の時効取得を主張する者が、国を相手方とする所有権確認の訴えを提起した事案に関し、「真実の権利者を明らかにしえない登記洩れの土地については、これを無主の不動産として国庫の所有に帰したもの」として、当該訴えの利益を認めている。

そして、③は、江戸時代以前は入会地であった土地につき、明治時代になってからある寺院が当該地を事実上所有することになったところ、登記をしていなかったために表題部の所有者の欄が空欄になっており、この寺院の所有地にするためにはどうしても確認訴訟を提起するしかなく、ひとまず無主の土地となって国の所有になったが、その後、民法 162 条によって 20 年経過して寺院が時効取得したという手続を取ろうとした事案である。実際には、登記制度上の問題だったといえるが、国に対して所有権の確認訴訟を提起することで、民法 239 条 2 項を経由して、民法 162 条による時効取得という結果を導き出そうとしたものである。しかし、最高裁は、訴えの利益なしという民訴法上の問題に基づいて判断した⁽⁹⁾。本件判決は、所有権放棄の判例というよりも、所有者不明土地に関する判例であるが、所有者が不明となった土地のあり様について何らかの判断をしているわけではない。なお、所有権主張者のいない所有者不明の土地については、民法 239 条 2 項の適用を柔軟化し、国を被告とした所有権確認訴訟を適法とする余地もあり、その上で、審理過程において前主たるべき第三者の存在が明らかになれば、当事者変更等によって対応し、他方で国を被告としたままの確定判決は、馴れ合い訴訟の危険がなく、原告係争地所有権につき登記手続に耐える蓋然性を表示していると解しても良いという考えも主張されている⁽¹⁰⁾。

ところで、民法 239 条 2 項に基づいて国が所有権を取得したとする主張を認めた判例として、大津地判昭和 53 年 1 月 23 日訟務月報 24 卷 10 号 1925 頁およびその控訴審である大阪高判昭和 58 年 1 月 28 日判タ 506 号 101 頁がある。本件は、琵琶湖畔にある土地につき、当該土地所有者が所有権を放棄したことから、民法 239 条 2 項により国が所有権を取得したと主張した事件である。大津地判は、国の主張を認めたが、控訴審では、所有者は本件土地を放置していたにすぎず、自ら積極的にその所有権を放棄したものは明示・黙示を問わず到底認め難い、として国の請求を棄却した。本件からは、国が、土地所有権放棄は可能であり、放棄されれば国の所有に帰すると考えていたといえ、裁判所も、土地所有権の放棄があったかどうかの事実認定を論じたのであるから、土地所有権放棄は可能であることを前提としていた、といえなくもないと解されている

る⁽¹¹⁾。ただし、この2つの判例ともに、どのような場合に放棄できるのかという要件については判断していない。なお、やや特殊な事例ではあるが、横浜地判昭和53年7月26日訟務月報24巻10号1924頁は、自作農創設特別措置法16条の規定により農地の売渡を受けた者が、耕作放棄届を農業委員会に提出すれば所有権を失うことを知りつつこれをなし、売渡を受けた農地につき権利を行使せず、後にその農地の売渡を受けた者が耕作するのを黙認していた場合に、右売渡により取得した所有権・所有権移転登記請求権の黙示の放棄があったと認めている。

(2) 民法の関連規定

民法の条文を睥睨してみると、所有者不明土地や不動産所有権放棄に関して直接規定しているものはないものの、民法255条は極めて興味深い規定である。同条は、「共有者の1人が、その持分を放棄したとき、又は死亡して相続人がないときは、その持分は他の共有者に帰属する」と規定している。もし、共有者の全員が持ち分を放棄した場合は、いったい全共有者の持ち分はどこに帰属することになるのであろうか。結果としては、民法239条2項の規定を機能させざるを得ないのであろう。おそらく、同条はかかる状況を想定していないと思われるが、少なくとも共同所有という所有権形態に関しては、持分放棄ができると明確に規定しているといえるのではないだろうか。なお、本条に基づく持分放棄がなされた場合の登記手続について、最判昭和44年3月27日民集23巻3号619頁は、他の共有者は、放棄者に対して持分権の移転登記手続を求めべきであって、放棄者の持分権取得登記の抹消登記手続を求めることは許されない、と解している。

また、民法287条は、地役権に関して、承役地の所有者は、いつでも、地役権に必要な土地の部分の所有権を放棄して地役権者に移転することで、民法286条所定の承役地所有者の工作物の設置義務等を免除されることを規定している。つまり、地役権という用益物権が設定されている特殊な事情下とはいえ、承役地の所有権放棄について明文を以て規定している。ただし、あくまでも地役権設定行為を前提とした権利放棄であり、それは単独行為ではなく、地役権者に対して向けられるものであることは、本稿で議論している不動産所有権放棄とは区別して考える必要があろう。

さらに、意思に着目すると、占有が関係する規定では、しきりに意思表示が登場する。たとえば、民法162条の取得時効に関しては、「所有の意思」と「他人の物を占有している」との条件が整えば、あとは時間的な要件によって取得時効が成立する。なお、「所有の意思」も「占有の適法性」も民法186条および188条によって推定されるため、占有者が現実にもどのような意思を有し、占有継続の実態があったのか、どのように占有物について権利行使をしたのかについては全くといってよいほどに問題視されることなく⁽¹²⁾、20年または10年の経過によって取得時効が成立する。そして、現実の問題になったことは知見の限りではないが、民法162条も、民法239条2項に関係した理論上の問題をほらんでいる。たとえば、ある不動産について所有者が不明な

状態で、占有者が民法 162 条による時効利益を得ながら、民法 145 条の時効の援用もせず、所有権登記をも行わなかった場合に、当該不動産所有権をめぐる3つの状況が想定される。1つ目は、原所有者が登場し、その者が登記を有している場合である。このとき、所有権は少なくとも登記簿上は原所有者において確定する。2つ目は、登記なき原所有者が登場するが、占有者も登記をしない状態が継続すると、ここで所有権が不定ないしは不確定になる場合である。3つ目は、原所有者が結果としてわからない場合であり、占有者も登記を行わないと、登記簿上において所有者不明になる。このように考えると、民法 162 条も単純ではなく、さまざまな状況が想定されることがわかる。ここで民法 239 条 2 項が関係してくるのは、2つ目と3つ目の場合で、少なくとも登記簿上は所有者不明状態になる。もっとも、これらの状況においては、原所有者の所有権登記は、占有者の時効取得によって自動的に無効となるのか、また、占有者は時効完成によって所有権を取得し、所有権移転のための登記は必要ないのか、というような問題が残る⁽¹³⁾。

また、民法 180 条は、占有権を取得するに際して、やはり「自己のためにする意思」ということを規定している。ここでは、「自己のためにする意思」と「物の所持」との2つの要件が求められているが、解釈としては、どちらかという「意思」よりも「所持」に重点を置いている⁽¹⁴⁾。占有の客観化として説明がされているが、物の所持があれば、主観的な部分である意思は推定されるという考え方である。そして、民法 186 条は、「所有の意思」があることによって最終的に占有を推定し、民法 188 条は、占有者の占有物に対する権利行使の適法性を規定している。さらに、占有の意思に関して、民法 203 条が「占有意思の放棄」として占有権の消滅を規定している。立法者は、何をどのように考えて、占有権についてわざわざ占有権の消滅規定を設けたのであろうか。こうした問題点を明らかにするためには、わが国の民法において、所有権および占有権の各概念の発展とともに、意思表示のあり方がどのように理解されてきたのかを検証してみる必要がある。

なお、近時は、「無意思所有者」という状況も発生してきている。たとえば、30～40 年ほど前に、北海道を舞台に問題となった原野商法の被害者の子孫たちがいて、一部の地方自治体が河川整備等の関係で係る土地を収用しようとしたものの、あまりにも権利関係が複雑過ぎて処理しきれない事例が確認されている。この被害者の子孫の多くは、自分たちが権利者であること自体を知らず、相続登記もしていない。自治体も、必要な部分だけを収用しようとするが、彼らから残余の土地も無償でいいから収用して欲しいといわれることが多いという。つまり、「要らない」という意思表示がなされるわけである。そこで、たとえば、自治体側が彼らに対して、相続登記を強制できるであろうか。自分の親や祖父母等が詐欺同然で買わされた土地を、相続人だからというだけの理由で相続登記を強制するというのは、相当に酷ではないかと思わる。また、他主占有さえ行っていない状態で、所有の意思表示の強制をするというのもできないであろう。不動産所有権放棄に関しては、このような問題も発生しているのである。

3. 近代的所有権論と不動産所有権放棄の可否

(1) 意思表示を重視する見解

わが国の所有権思想の系譜について、旧民法制定時から近時までの系譜を、登記制度の拡充の経緯とともにたどってみる。明治初期の登記制度は、いくつかの実務的な混乱を経ながら、1886（明治19）年に、当時のプロシア法およびフランス法にならった登記法によって、今日の制度につながる一応の原型が形成された。しかし、実体法である民法が制定されていなかったことは最大の問題点であり、制度上のさまざまな不備が指摘され続け、登記制度が国民に十分に浸透するには至らなかった⁽¹⁵⁾。そして、1898（明治31）年の民法施行に合わせて、プロシア不動産登記法およびドイツ土地登記法草案を参考にして、1899（明治32）年に不動産登記法が制定された。

他方で、土地所有権に関する思想は、フランス法の影響を強く受けて1890（明治23）年に公布されて直ちに廃案となった旧民法、そしてドイツ法の影響を強く受け、わが国の近代的所有権確立の定礎とされる、1896（明治29）年に公布された現行民法に至るまで、かなり複雑多岐かつ紆余曲折した経緯をたどってきた。まず、ポアソナード博士をはじめとする旧民法の起草者たちは、フランス法に顕著な土地所有権の自由性の思想を認め、絶対性の思想は貫徹させなかった⁽¹⁶⁾。それは、フランスのような小農民を社会的基礎とする絶対主義社会ないしは小市民社会をわが国が志向すべき社会像として観念していたからであるという⁽¹⁷⁾。しかし、周知のとおり、旧民法の自由性思想に基づく土地所有権は、地主制資本主義によって立とうとした明治政府の政治的、経済的思想に反したものであり、激しい民法典論争を経て立法による実現には至らず、絶対性思想を貫徹しようとする土地所有権を実現させた現行民法の成立を促したのであった。

しかし、土地所有権の絶対性に重きを置く現行民法においても、物権変動に関しては意思表示を重視するフランス法的な考え方が基本であった。とりわけ、所有と意思表示の牽連性を重要視したのは、民法典論争において激突した梅謙次郎博士や富井政章博士であった⁽¹⁸⁾。

梅博士は、譲渡や放棄等の法律上の処分は財産権一般について認められていることを明言したうえで、所有権に関する民法206条について、「法令上の制限を受ける」という所有権が有する特異性を規定したものであり、これは損傷や性質変更等の物の処分を意味しているのであって、権利の処分、すなわち法律上の処分を包摂しているものではないという理解を示している⁽¹⁹⁾。つまり、法律上の処分としての所有権の放棄は、民法206条の規定にかかわらず、法令上の制限を受けることなく可能である、という考え方を前提にしているといえよう。そのうえで、民法239条2項については、「例へハ不動産ハ國ノ基礎ナルカ故ニ無主ノ不動産ハカメテ之ヲ國庫ニ歸セシメ國庫ヨリ更ニ適當ナル人ニ之ヲ付シテ其開墾其他ノ事業ニ従事セシムルヲ利アリトストイウコトヲ得ヘシ」と考えている⁽²⁰⁾。

無主の不動産はひとまず国庫に帰属させ、適切に活用できる者が存在すればその者に付与せよ、

という梅博士の考え方は、現在のドイツ民法の規定にも通じるものがある。すなわち、ドイツ民法では、土地所有権放棄につき登記を経ることでこれを認めたとうえで、所有権が放棄されて無主となった土地について、国が登記を経ることで所有権を取得できることを規定している⁽²¹⁾。したがって、ドイツ民法では、国が無主の土地の先占について登記をしない限りは、無主の状態が継続することになる⁽²²⁾。なお、わが国の民法 239 条 2 項が無主の不動産の存在を前提にしているか否かは検討の余地があるところ⁽²³⁾、梅博士は、無主の不動産が存在することを前提としているといえよう。

また、富井博士は、放棄とは将来に向かって権利を遺棄する意思表示であり⁽²⁴⁾、物権、とくに所有権の放棄は法律行為ではなく⁽²⁵⁾、権利者の意思によってのみ成立し、その効果は物を無主物とすることにある⁽²⁶⁾、という考えを示している。また、牧野英一博士が、1904（明治 37）年の法典質疑會において、土地所有権も民法 176 条に基づいて意思表示だけで放棄できるが、第三者に対抗するためには民法 177 条により登記をなす必要があり、登記については旧不動産登記法 25 条 1 項（登記ハ法律ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外当事者ノ申請又ハ官庁若クハ公署ノ囑託アルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス）（現行法 16 条 1 項）が規定する「当事者」が登記所に出頭して登記を行うことで足り、当事者が登記義務者なのか登記権利者なのかの区分を弁明せずに柔軟に解釈しようとしている⁽²⁷⁾。なお、牧野博士は、信義則および権利濫用を論じる文脈において、かりに所有権が長年にわたって不行使状態にある場合には、特定個人が取得時効によらずとも、国家が当該所有権を取得できるとして所有権の消滅時効を認めており、その根拠として民法 239 条 2 項を挙げ、民法 239 条 2 項にいわゆる「所有者のいない」という状態につき、「これを無主物として考へるのが一般であらうか」と疑問を投げかけている⁽²⁸⁾。さらに、1925（大正 14）年には、法曹会が、「土地所有権ノ抛棄ニ關スル件」について、「土地ノ所有権ト雖モ明示又ハ黙示ヲ以テ之ヲ抛棄スルコトヲ妨ケス然レトモ不動産登記法上抛棄ニ因ル権利消滅ノ登記ヲ認メサルヲ以テ質疑者所言ノ如ク其旨ノ登記ヲ申請スルコトヲ得ス尤モ土地ノ所有権者カ其権利ヲ抛棄スルトキハ其土地ハ同時ニ無主物ト爲リ國庫ニ歸属スヘキカ故ニ所管官廳ハ抛棄者ノ爲ニ殘存セル登記ノ抹消ヲ囑託スルコトヲ得ヘシ」と決議している⁽²⁹⁾。当該決議が、いかなる時代および社会背景に基づいてなされたのかは不分明であるが、意思表示のみによって土地所有権の放棄ができ、放棄と同時に国庫に帰属するため、所管官庁は放棄者のために登記抹消の囑託登記をするべきであるとしており、梅博士、富井博士、牧野博士の学説において示された見解を、実務界においても確認するものとして位置づけることができる。

このほかに、大正時代から昭和初期にかけて人権派弁護士として活躍した山下博章教授も、不動産所有権の放棄は登記の方法がないから許されないとするのは正しくなく、登記の方法がないことを理由に物権変動を否定するのは本末転倒であり、対抗要件としての登記の問題が発生する余地はなく（物権消滅の場合には対抗力発生要件としての登記はありえず、対抗力は物権変動の事実を主張する力ではなく、変動した物権の効力を実現する力である）、また、不動産所有権

の放棄は租税（地租，家屋税）支払い義務を免れる結果となるから許されないとするのにも本末転倒で，地租や家屋税は，土地または家屋の所有権を有するがゆえに，それによる利益の一部を徴収するものに過ぎず，これらの租税を徴収するために所有権が認められているのではないという見解を示している⁽³⁰⁾。

（２） 権利安定性を重視する見解

明治 30 年代中頃から大正期にはドイツ法の影響が強くなり，不動産物権変動についても，民法がフランス法に基づく物権変動理論を採用する一方で，ドイツ法の影響を受けて不動産登記法が制定され⁽³¹⁾，それに基づく登記実務が広く行われるようになり，登記に基づく権利の安定性を優先的に考えるようになった。梅博士，富井博士，牧野博士等のフランス法の影響を強く受けた法学者にとっては，ことさら登記制度との整合性を重視しようとするドイツ法的な思考に幾分以上の抵抗があったものと思われる。やや時代が下って，川島武宜博士のように，「明治政府の性格上，登記官吏はお上であって，登記制度は民衆になじまず，ドイツのような立法主義は根付かなかった」⁽³²⁾という厳しい評価も登場する。また，高島平蔵教授は，もともとは占有が主軸で，不動産も占有が公示手段だったが，その後，登記という非常に確実で，国家的な制度が完備されたことによって，すべて登記で処理できてしまうことから，占有という手段が次第に形骸化して行って，登記に収斂されて行ったという指摘⁽³³⁾をしている。このような状況に対して，我妻榮博士，鈴木禄弥博士そして広中俊雄博士は，不動産の所有権放棄については明文の規定は存在しないが，解釈上所有権放棄はできるとしながら，しかし，登記制度がだいぶ拡充してきたので，取引の完全という見地から基本的には放棄に消極的な見解を示している。

我妻博士は，放棄とは，物権を消滅させることを目的とする単独行為であって，所有権および占有権は特定の人に対する意思表示を必要とせず，占有の放棄その他によって，放棄の意思が表示されればよいが，不動産所有権の放棄は，登記官吏に申請して登記の抹消をしなければ第三者に対抗できないと主張する⁽³⁴⁾。不動産所有権放棄は可能だが，第三者対抗要件として登記は必要であるとした点では，牧野博士の見解に連なるものの，放棄を単独行為として捉えて意思表示すら必要としないとした点では大きく異なり，その意味では，第三者対抗要件として必要とされる登記の有無に重点が置かれていると考えることもできるのではないだろうか。

他方で，鈴木博士は，フランス法が，土地所有者が過重な地租その他の負担を免れ得るための手段を講じていることを考察した後に，わが国の民法の解釈としても，過重な負担を抱える土地所有者の救済を図り得る解釈をしなければならないであろうが，まずは民法 287 条の拡張適用による解決を追求すべきであり，それがかなわない場合にも，放棄の要件，手続，効果については，ドイツ法の絶対的放棄ではなく，フランス法の移転的放棄ないし委棄を参考にすべきである，としてフランス法流の意思主義に重きを置く見解を示している⁽³⁵⁾。鈴木博士は，土地所有権放棄を権利濫用との関係で考察し，承役地の所有権放棄に関する民法 287 条を拡大解釈することで，

土地所有権放棄が可能な場合を限定しようと考えている点で、やはり牧野博士の見解を基盤にしていることが伺える。また、広中博士は、不動産を無主物とするような放棄を認める必要はない、という見解を示している⁽³⁶⁾。広中博士のこの見解は、民法 239 条 2 項による放棄の結果が無主物を発生させているのか否かについて疑問を呈した牧野博士の見解に近似しているともいえるが、不動産所有権放棄を否定はしないながらも、かなり限定的に考えていることが伺えよう。

ところで、所有権、とりわけ土地所有権に関する思想は、第一次世界大戦後の社会思想、とくにヴァイマル憲法の所有権規定の影響を強く受けて大きく変容し、所有権の社会性（社会的所有権）が議論されるようになる。明治時代初期に西欧から入ってきたばかりの所有権思想の中心は、近代的土地所有権に関するものであったが、その近代的土地所有権は、大地主が絶対的な権利を行使する大土地所有が前提であり、自然権的思想を基盤とした小農民社会における自由性を主軸とする所有権とは異質のものであった。しかし、社会的所有権思想の登場によって、明治以来定着してきた近代的所有権が有する絶対性が、権利濫用の法理、1921（大正 10）年の借地法や借家法あるいは 1938（昭和 13）年の農地調整法⁽³⁷⁾等の各種社会立法によって制約ないしは制限を受けるようになった。民法学においても、「所有権の社会的義務性」を強調する研究が増加し、硬直化したローマ法型のが国の民法の規定を、解釈によって緩和し、耕作農民や借地借家人の権利の安定を目指す新しい柔軟な解釈法学が登場した⁽³⁸⁾。末弘巖太郎博士、末川博博士、我妻榮博士などの研究が、かかる社会的所有権思想を深化させた⁽³⁹⁾。

第二次世界大戦後は、農地解放等に代表される農地改革、都市住宅問題、公害環境問題などが社会問題化し、このような時代的、社会的背景を受けて社会的所有権の内容を吟味する研究が盛んになる。そこでは、土地所有が投機を目的として行われる実態を問題視しながら、「所有」よりも「利用」に重点を置くことを主張する。とりわけ、川島武宜博士の所有権理論は非常に強烈な影響を及ぼした⁽⁴⁰⁾。そして、水本浩教授、篠塚昭次教授、甲斐道太郎教授あるいは戒能通厚教授が、イギリスやドイツなどの諸外国の事例と比較しながら、社会的土地所有権の内容と制約についてより深い研究を行った⁽⁴¹⁾。とりわけ、水本教授は、今後の所有権論の課題として、環境の保全・整備と開発（再開発を含む）との調和に応える理論構築を挙げ、具体的には土地利用権優越理論と土地公共信託論とを総合し止揚した形式の理論の必要性を主張しており⁽⁴²⁾、これはこのまま今日の自然環境問題にも通底する考え方である。他方で、自然環境保護訴訟の多くが土地所有権との闘いであることは、水本教授の指摘した課題は依然として解決されておらず、関係する議論や研究が停止していることも意味しているのではないだろうか。利用権に軸足を置く土地法理論が構築できるのであれば、所有者不明土地問題や不動産所有権放棄問題などは、現在検討されている公法的規制にばかり頼ることなく、私法的システムによっても解決できるのではないだろうか。

4. 不動産所有権放棄をめぐる今日の理論動向

近時は、所有権放棄は単独行為なのか否かというような議論が中心に展開されている。対症的な法技術的議論にも思われるが、前述の通り牧野英一博士も登記制度との関係で土地所有権放棄を肯じており、議論は振出しに戻ったという様相も否めない。そこで、不動産所有権放棄を念頭にして、今日展開されているいくつかの代表的な議論を紹介しながら、その思考の方向性について探ってみる。

石田穰教授は、不動産所有権放棄の意思表示を単独行為であることを前提にしながら、しかし、放棄した場合には民法 239 条 2 項が直ちに機能して、国に権利移転するという流れではなく、まず、原所有者が放棄したことで法律関係がひとまず完結し、国がその後に、そこに所在する無主物を原始取得することで新たな法律関係が発生したと考える⁽⁴³⁾。ここから、所有権放棄自体が、そもそも法律行為なのか否かという議論も想起されよう。また、堀田親臣教授も、所有権の意思表示は、一般的に「相手方のない単独行為」と解されているとして、不動産については、放棄と共に国庫への帰属という効果が発生するとすれば、そのような一連の権利変動と理解する余地はないのかといった疑問があり、問題がないとしてなぜそういえるのかといったことを明らかにしておく必要があると考える⁽⁴⁴⁾。民法 239 条 2 項の解釈として、これを不動産所有権放棄にかかる意思表示から国家帰属までの段階的行為として捉えて、あくまでも単独行為として理解しようというのが石田教授の考えであるのに対して、堀田教授は、不動産所有権放棄の意思表示が一連の権利変動であると理解する場合には、単独行為として捉えることに疑義が生じると考えている点に差異がある。

平野裕之教授は、民法 239 条 2 項が適用される場合は、結局は国庫に帰属するので、国や市町村に寄付をすればよいのであるが、そのためには同意が必要になり、勝手に単独の意思表示で土地の所有権を放棄して国庫に帰属させ、土地工作物責任から免れて国に営造物責任を負わせることができるのは不都合であるとして、民法 717 条を念頭に置いた見解を示す⁽⁴⁵⁾。また、藤巻梓教授も、不動産所有権の放棄をまったく不可とすることは解釈上困難であるとしたうえで、不動産には多くの公法上の負担が設定され、放棄が公租公課の負担や無価値となった土地工作物についての責任を免れるためにされる可能性を考えると、不動産所有権の放棄の諾否はなお問題であり、今後、要件や手続きの検討が必要であると考え⁽⁴⁶⁾。平野教授も藤巻教授も、不動産所有権放棄の意思表示を単独行為として理解するのかについては不分明であるが、いずれも放棄の可能性を肯定したうえで、所有者による不当な責任回避を避けるために、何らかの制限ないしは条件が必要であると理解する点に特徴がある。ただし、土壌汚染に関して土地所有者の状態責任を認め、なおかつ状態責任者から汚染行為者への求償権を認めている土壌汚染対策法の立法例の存在を加味すると、土地所有権放棄と工作物責任ないしは営造物責任の問題は峻別すべきでは

ないだろうか。

他方で、土地所有権放棄の実態を考察して、これを厳しく制限ないしは認めないという見解も存在する。吉田克己教授は、原則的には不動産所有権の放棄が認められるとしても、絶対的負財と認められる場合には、放棄の自由が否定されると考えるべきであるとする⁽⁴⁷⁾。しかし、どのような不動産が「絶対的負財」となるのかについては解釈の余地があり、結局それを判断するのは国や地方自治体ということになり、不動産所有者の意思は顧慮されないことになる⁽⁴⁸⁾。また、山野目章夫教授は、さらに厳しく不動産所有権放棄を否定する。山野目教授は、経済が好調のときは土地から利益を得ておいて、経済が悪くなると売れないとか責任を負いたくない、あるいは固定資産税が重いというような理由で放棄して国に引き取らせようというのは虫がいい考えで、土地所有権放棄は簡単に認めていいとはならない、と主張する⁽⁴⁹⁾。また、「放棄して投げ出す」、「国が引き取れ」、「所有権の保存の登記は抹消する」というのは乱暴な話で、放棄ではなく、相談のうえでの寄付を原因とする制度を整備するのがよいと考える⁽⁵⁰⁾。

以上のように、近時は、どちらかといえば、不動産所有権放棄についてはこれを消極的ないし否定的に捉えようとする見解が多数であるといえよう。このような状況において、田處博之教授は、登記制度との関係で放棄の可否を論じている。田處教授は、不動産所有権の放棄は、登記の問題から事実上シャットアウトされており、登記は国との共同申請によるため、国が協力してくれないと登記できず、登記できない以上は所有権放棄してもその実質は得られないとして、まずは不動産所有権放棄が抱える登記制度上の問題点を指摘する⁽⁵¹⁾。そのうえで、所有権放棄の意思表示により不動産は無主になっていて、民法 239 条 2 項により国がその所有権を当然に原始取得している（物権変動がたしかに生じている）から、放棄の意思表示をした原所有者は、登記引取訴訟を提起することを提案する⁽⁵²⁾。田處教授は、このような登記引取請求権が可能である根拠として、民法 287 条による承役地所有者の土地所有権放棄においても、承役地所有者が地役権者に対して登記引取を請求できると解されていること⁽⁵³⁾を挙げている。

所有権放棄を含めて、不動産所有をめぐる意思表示が多様化している今日においては、不動産売買契約、登記、そして相続という現象を、あらためて考えることも必要であろう。この問題は、相続制度の研究者、登記制度の実務家、そして契約法の研究者を巻き込んで議論をすべきである。このような問題意識に対して、平井宜雄教授の「不動産契約複合的性質論」は非常に参考になる。平井教授は、不動産契約というのは単なる典型契約である売買契約ではなくて、じつは買替特約だとか、ローン契約などと一体化している非常に複合的なもので、場合によっては私法と公法とが融合した、単純な契約ではないということを主張している⁽⁵⁴⁾。そうすると、そもそも不動産売買というのは何を売買して、何ををもって価値評価しているのか、それらは契約の当事者のいかなる意思によって遂行されて行くのか、ということを考える必要がある。

そして、登記もじつは売買契約の一部であって、これをどのようにこれから契約の中で位置付けていくのかということも、研究対象になろう⁽⁵⁵⁾。登記に関しては、「登記がなければ第三者に

対抗できない」と規定する民法 177 条について考えてみる必要もある。本条の表現は、所有者による攻撃的な表現に感じられる。少なくとも当事者間では、登記手続をしなくても権利主張ができるという仕組み⁽⁵⁶⁾であることから考えると、所有者が登記をすることによって、所有者がそこで非常に攻撃的に、あるいは強力に権利保護を受けることができる規定として考えるのではなく、別の視点から登記の効力を捉えるべきではないだろうか。そこで考えるべきは、登記を信じた第三者を保護するのだと主張した、篠塚昭次教授の学説である⁽⁵⁷⁾。

篠塚教授は、占有は権利か事実かという問題に対して重厚な研究を行っており、ここでは、占有の「単純なる事実」と「規範の現象形態たる事実」との分離現象について、古代ローマ法やドイツ法を手掛かりに説き起こし、わが国の民法は「単純なる事実」に集約した状態で占有を規定したとして、そこから発生する諸問題を明らかにしている⁽⁵⁸⁾。篠塚教授は、「単純なる事実」である占有の法的効果は占有訴権に尽き、それ以外の法的効果は「規範の現象形態たる事実」に対する規定であると考え⁽⁵⁹⁾、「規範の現象形態たる事実」は、規範に対応するところの意思（本権者たる意思）を基礎とすべきであるが、本権と乖離したときに何れが優位であるかが問題となり、それは公示原則ないしは公信の原則の問題に他ならず、ローマ法は本権に、ゲルマン法は「規範の現象形態たる事実」にそれぞれ優位性を認めたと説く⁽⁶⁰⁾。篠塚教授は、占有という現象を大変重要視しており、登記の有無だけで不動産権利関係のすべてを決するのではなく、占有も考慮すべきであるという考え方へと向かった⁽⁶¹⁾。また、大西泰博教授も、占有も公示手段のひとつであるということにならざるを得ず、登記がなくても占有・明認方法および利用のどれかが存在すれば公示されていると考える⁽⁶²⁾。

このような、占有を公示手段にし得るほどに重視する考え方に立つならば、不動産所有権放棄を登記との関係でその可否を決し、あるいは登記方法の欠缺ゆえに直ちに否定することは妥当ではなく、意思を基礎とする占有の有無によって決することは十分に検討に値するであろう。ただし、占有あるいは所有の意思が確認できない不動産について、所有者が存在する限りは、そのことを以て直ちに無主物となると考えるべきではなく、やはり放棄の意思表示は必要となろう。他方で、所有者不明状態にある不動産については、これを無主物として考えざるを得ないであろう。

おわりに

従前のわが国の物権法理論に従えば、土地などの自然資源は、所有あるいは利用の結果として管理責任が発生する。しかし、歴史的にみると、わが国では、所有権の絶対性にあまりにも重きを置き、管理責任の部分は、人身への危害が発生するような場合を除いて、あまり積極的に議論されてこなかったのではないだろうか。わが国が民法制定時に参考にしたフランスやドイツでは、すでに時代や社会の変化や要請に伴って、所有の制限や義務に関する立法や考え方が確立している。今後は、わが国でも、管理義務の履行を中心とした権利構造を考えるべきではないだろうか。

このような考え方の手がかりとして、わが国では、地下水をめぐって興味深い議論が存在する⁽⁶³⁾。わが国には現在、地下水を直接規律する法律が存在しないが、地下水は公的制約を受ける側面があると考えられる傾向にある⁽⁶⁴⁾。他方で、民法 207 条は、土地所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ、と規定している。この条文との整合性をめぐって、さまざまな議論が展開されている⁽⁶⁵⁾。この問題に対しては、近時は、所有権の絶対性を意識する私法学者の中からも、「公権に私権が内包された性質」であるという考え方が主張されている⁽⁶⁶⁾。これは、地下水が、地下という不可視の空間に存在し、人間の生命健康に直接影響を及ぼす可能性のある自然資源であることを重要視しているからである。

所有権の絶対性についても、今後再考しなければならないであろう。歴史的沿革に鑑みれば、所有権は封建領主や国家権力に対しては絶対であるが、所有者が第三者に対して何か主張するときは絶対性ではなくて、それはあくまでも自由性であるものの、わが国では、現行民法制定以来、所有権の絶対性思想は、大日本帝国憲法の所有権不可侵思想と結合したことで、絶対性と自由性を区別して認識することなく、土地所有権を必要以上に尊重する風潮を醸成したとされている⁽⁶⁷⁾。本来、土地と人との関係は、もともとは土地に人が帰属していたのに、次第に人に土地が帰属するというように変わったのではないだろうか。そうだとするならば、その状態を急激に変えたのが、登記制度ではないだろうか。つまり、登記によって人に土地が拘束されて、結果として土地流動性が阻害されているということもいえるのではないか。そして、とくに最近では、所有権に内在する公共性を意識すべき時代であり、私権性の強い場面と公共性の強い場面というのは当然存在すべきであるが、どちらか一方に限定するのではなく、どこで公共性が出てくるのか、どこで私権性が出てくるのかというところを見極めていく制度構築が重要であろう。可能であるならば、今後登記制度を見直すとして、権利保全だけではなくて、流動性を確保するという登記制度というものも考えていいのではないかと思料する。

最後に、明治政府が導入した近代的所有権とは、いったいどのようなものであったのかについて、それなりに再度考察してみたい。1873（明治 6）年の地租改正は、わが国開闢以来の大事件であって、旧民法はそれによって生じる可能性のあった理論と実践との乖離を埋めるべく、大土地所有者の所有権よりも小農民等の用益権の優位性を法定化しようと努めたものの、大土地所有者たる寄生地主制を背景にする明治政府というシステムの前に敗北した。寄生地主は、自らは農業生産になんら関与するものでないから、その所有は全く生産に基礎をもたない。したがって、利用と結びつかない所有であり、土地の現実的利用ではなくて所有すること自体を重んぜしめる結果を導いたため、所有を人格の独立や自由の不可欠の基礎として捉える自然法的所有権思想がついに根づくことなく、さらに、土地の所有が単なる財産所有としてのみならず、政治的支配力や社会的なプレスティージの基礎としての意味をも有するようになり、こうした諸事情が、土地所有権そのものを極度に尊重する日本人の思想傾向を生んだのではなからうかという、現行民法上の近代的所有権の本性を暴くがごとき見解⁽⁶⁸⁾が存在する。

結局のところ、明治政府が現行民法において導入した近代的土地所有権は、封建的遺制を包摂したまま、社会資本ではなく、経済資本としての性格を帯びた投機対象であったといえ、それはヨーロッパ諸国に比して半世紀以上もの「法律落差」として指摘される⁽⁶⁹⁾。明治維新以来150年余りが経過した今日、「土地を所有するというのは、果たして何を目的とする行為なのであろうか」ということを、あらためて考える必要が発生している。外圧を受け、強制的で、上意下達式による急進的改革は、徒労に帰すか大いに変質して、いずれ理論と実践の乖離現象を惹起し、民衆はその弊害に苦しむことが多くなろう。他方で、内発的で、自発的で、民意を反映した緩慢的改革は、満足度も高く、所期よりも多少変質したとしても、それは想定内で誤差の内であり、民衆はこれを巧みに利活用して発展する。明治維新およびそれに伴う西洋からの法移植は、前者の例であったのではないだろうか。本稿でも問題としてとりあげ、現在のわが国で喫緊の課題とされている所有者不明土地や不動産所有権放棄問題などは、明治政府が制定した現行民法の理論と実践の乖離現象とその弊害といえよう。本来、不動産所有権が絶対的なものであっても、その所有権の存在は、当該所有物をいかに使用し、収益し、処分するのか、つまり物の支配者の意思の如何によるべきで、意思を有する支配者が不存在となれば、当該所有権も消滅すると考えるのが道理ではないか。むろん、不動産所有権は消滅しても、不動産は存在し続けるので、新たな支配者の出現によって、新たな不動産所有権が誕生する。ところが、現在のわが国では、意思を発露すべき不動産の所有者が存在し、もしくは不存在となりつつあるにもかかわらず、なぜか絶対性を有する不動産所有権という外殻だけが残ってしまい、あたかも所有者が存在しているかのごとき状態が形成され、その状態は登記によって固定されているのではないだろうか。

本稿では、相続制度について十分に検討できなかったが、若干の愚見を添えおく。まず、端的に言って、現行の相続制度は、依然として「家制度」に基づく家産の継承を前提としているのではないか。財産は個人一代限り、というような考え方もあって然るべきで、これを次世代に継承して行かなければならない義務や権利は、いずこにその淵源があるのだろうか。継承ということにあまりに重きを置き過ぎてしまった結果が、本稿において検討してきたような、土地をめぐる諸問題を引き起こしているのではないかと、ということも提起しておく。命に限りある人間が土地所有権を取得しても、土地所有権はいつかその人間から離れ、他の人間に継承されることになる。したがって、土地相続とは、相続人が相続税という代価を支払って、被相続人から土地所有権を購入している現象だともいえよう。さらに、現在のわが国では、土地を所有するのは人間ではなく、無限に永続することを予定した「家」なのかもしれない。有限性の主体には、その有限性の範囲内での権利とその行使が本来のあり方であり、土地は所有するのではなく、利用することに重点を置いて扱われて行くべきである⁽⁷⁰⁾。人口減少社会に到達したいまこそ、利用に重点を置いた社会的土地所有権を構築する絶好の機会ではないかと考えている。

《註》

- (1) 丹保憲仁『人口減少下の社会資本整備 — 拡大から縮小への処方箋』(土木学会, 平成 14 年) 52~55 頁によれば, わが国が人口減少社会に転じるとしても, 世界的には人口増加傾向にあることから, 食糧, エネルギーおよび水に関してはさまざまな制約と対応に迫られると指摘する。食糧に関しては自給率の向上が, エネルギーに関してはその安定調達がそれぞれ課題とされ, いずれも引き続き外国からの輸入依存は避けられないため, いかに外貨を獲得するのかが産業政策の根本となるという。また, 水に関しては, 首都圏では人口増加が予測されるため, とくに生活用水の増加への対策が課題であると指摘する。
- (2) 吉田克己「財の多様化と民法学の課題 — 鳥瞰的整理の試み」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務, 2014) 20 頁では, 「負財」という表現を提案するのみならず, これを脱商品化現象として捉えている。
- (3) 吉田克己「土地所有権の放棄は可能か」土地総合研究 2017 年春号 98 頁では, 「負動産」という表現はおもにマスコミなどで用いられているが, 「不動産」と発音で区別されないことに加えて, 負財は動産についても問題になるので「負動産」という表現は避けた方がよいと指摘する。
- (4) 篠塚昭次『土地所有権と現代 — 歴史からの展望』(日本放送出版協会, 昭和 49 年) 206 頁は, 「なぜ, 都市に人口が集中するか」という点を解明しない限り, 本当の意味での都市計画はならず, 都市問題の解決にもならないとする。また, 石田頼房編『大都市の土地問題と政策』(日本評論社, 1990) 210~211 頁は, 前近代において, 都市法は, 多様性と地域性を有した公権力的規制を含む秩序の下で都市の自由を実現していたが, 強力な中央集権国家による成文法を特徴とする近代国家法秩序の登場と, 夜警国家理念とが相まって公権力的規制は最小限度にとどめられ, 都市の生活秩序, とくに土地利用秩序は混乱し, 大規模な人口集中と生産活動の集中がはじまった, という緻密な分析を行っている。
- (5) 津久井進『大災害と法』(岩波書店, 2012) 2 頁以下では, 基本的に, 江戸時代以降から, 2011 年の東日本大震災に至るまでの大災害に係る法制度について概観する。また, 金子由芳「災害復興における国家と私権のゆくえ: 東日本大震災とアジア」小柳春一郎編『災害と法』(国際書院, 2014) 49 頁以下は, 阪神淡路大震災と東日本大震災との比較検証を通じて, 大規模災害時に国家がどのように私人の所有権や借地権, あるいは入会権や漁権等の慣習物権等の私権に介入したかについて明らかにする。
- (6) 諸富徹『人口減少時代の都市 — 成熟型のまちづくりへ』(中公新書, 2018) 136 頁も, ほぼ同旨の見解を示す。
- (7) なお, 東京高判昭和 51 年 4 月 28 日判時 820 号 67 頁・判タ 340 号 172 頁は, 「権利放棄は第三者の権利を害する場合には許されない」と判示しているが, 過去に他人の権利侵害の事実もなく, 害意も存在しない場合に, はたして権利濫用ということがいえるのか否かは甚だ疑問である。
- (8) 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) 220 頁も, 所有者が所有によって発生する将来的な負担や管理責任を負いたくないがゆえに放棄の意思表示をしているのに, 裁判所がそれを許さないという判断をしたところで, 現実的にその所有者は当該土地を適切に維持・管理するのであろうか, と疑問を投げかける。
- (9) 今村与一「登記簿上所有者が不明とされた不動産について時効取得による所有権保存登記を経由するための方法」判例時報 2142 号 154 頁は, 本件最高裁判例に関して, 「本件訴えにおける原告の立論の問題性は, 所有者不明を所有者不存在と同視したことより, むしろ実質的所有者の明らかな不動産を所有者不明のものとして主張し, 無主の不動産の帰属先となる国を否応なく巻き添えにしてしまったことにあると考えられる。この場合, 所有権の登記名義の取得を目的とした本件訴えの便宜性, 率直に言えば, 虚構性が露になり, 裁判所の受け入れがたい主張のように響いたのではなからうか。実際, 同種事案において原告勝訴の確定判決が出るたび, 敗訴者として訴訟費用を負担し, 時効取得による

所有権の登記への関与を余儀なくされる事態は、被告国の側に立てば、とうてい容認できないだろう」という見解を述べる。

- (10) 上田竹志「所有者不明の不動産が国庫に帰属したと主張して、国を被告として提起した所有権確認を求める訴えが、確認の利益を欠くとされた事例」私法判例リマックス45号(2012〈下〉)105頁。
- (11) 田處博之「土地所有権の放棄 — 所有者不明化の抑止に向けて」土地総合研究第25巻第2号(2017)118頁。
- (12) 最判昭和46年11月11日判時654号52頁によれば、無過失についてのみ民法186条の推定効が働かないとされている。
- (13) 高島平蔵『近代的物権制度の展開と構成』(成文堂, 昭和44年)209~210頁は、時効が完成した場合、時効によって生じた権利変動を第三者に対抗するために登記をするか否かという問題に関して、取得時効はすでに不動産占有を不可欠の要件としており、したがってやはり、公示のために登記をすることは必要ではないとする見解が行われている点に注意すべきである、として横田秀雄『物権法(改訂増補第二七版)』(清水書店, 大正15年)68~69頁(公然ノ占有ニ在ルヲ以テ之ヲ認識スルコト容易ナルニ依リ夫自體ニ於テ第三者ニ對スル公示ノ要件ヲ具備シ登記ヲ以テ之ヲ公示スルノ必要ナシトス)を引用するが、結局は登記優先の理論が認められて行くことになったと指摘する。なお、川島武宜『民法総則 法律学全集17』(有斐閣, 昭和40年)572頁も、わが国の民法は不動産について常に登記の有無を規準として問題を処理するという立場をとっておらず、不動産についても占有だけで取得時効が成立するという立場をとっているとして、取得時効における登記不要説を展開している。
- (14) 能見善久=加藤新太郎編集代表『論点体系 判例民法(第2版)2 物権』(第一法規株式会社, 平成25年)113~114頁。
- (15) 福田充孝「我が国の不動産登記制度の沿革について — 所有者不明土地問題資料」国土交通政策研究所報第67号(2018)81~82頁。
- (16) 前掲註(4)篠塚書183頁は、「「絶対性」の抜けた「自由」は、もうほんとうの意味での「近代的所有権」ではない。「法律」による「制限」のわくづけのなされたものである」として、旧民法の立法者が、大土地所有を背景とする近代的所有権に抗ったことを暗に称賛しているといえよう。
- (17) 水本浩『土地問題と所有権(改訂版)(オンデマンド版)』(有斐閣, 2015)195頁。
- (18) 民法典論争において、両者は、旧民法につき断行派(梅謙次郎博士)と延期派(富井政章博士)として真っ向から対立する。しかし、宮川澄『旧民法と明治民法』(青木書店, 1965)146頁によれば、富井博士は旧民法に貫徹している近代的民法原理に対して、延期派がどのような政治的立場にたっていたかを示すことで、旧民法自体の持つ法的欠陥を指摘することによって、その後の現行民法の法的完結性を導き出そうとしたにとどまったという。つまり、梅博士が、ボアソナード博士の考え方に忠実であろうとしたのに対して、富井博士は、ある程度の修正を経ても民法制定の実利を考えようとしたのであって、学問的に正逆な対立があったわけではないといえ、このことは、本文でも紹介した、両者の所有権における意思主義に対する見解の相似性からも容易に推測できる。
- (19) 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編(訂正増補第二五版)』(有斐閣書房, 明治40年)91頁。
- (20) 同上148~149頁。なお、梅博士は、不動産の無主物先占の考え方については、以下の通り排除すべきであるという見解を示している。社會ノ尚幼稚ナル時代ニ在リテハ大抵何レノ國ニ於テモ不動産ヲモ先占ニ因リテ取得スルコトヲ得ルモノトセシカ如シ。蓋シ未墾ノ土地多クシテ無主ノ不動産ニ富メル時代ニ在リテハ動産ト不動産トヲ分カツノ理ナキカ故ニ、先占ニ因リテ不動産ヲモ取得スルコトヲ得タルハ亦怪ムニ足ラス。然リト雖モ社會ノ漸ク開明ニ赴クニ從ヒ大抵ノ土地ハ皆已ニ開墾セラレ從テ無主ノ不動産極メテ稀ナルニ至リテハ若シ先占ニ因リテ不動産ヲモ取得スルコトヲ得ルモノトセハ爲ニ争鬭ヲ惹起シ大ニ安寧ヲ害スルノ虞アリ。何トナレハ不動産ハ動産ニハ異ナリテ現實ノ占有ヲ爲スコト極メテ難シ。故ニ甲カー一旦先占タル不動産ヲハ乙カ腕力ニ訴ヘテ之ヲ奪取り而モ己レ先占者ナリト云フモ往々ニシテ之ヲ證明スルコト難シク竟ニ腕力ヲ以テ腕力ニ報イ底止スル所ヲ知ラサ

ルニ至ルノ虞アレハナリ。故ニ文明國ノ法律ニ於テハ大抵本条第二項ニ於ケルカ如ク無主ノ不動産ハ一ニ之ヲ國庫ノ所有ニ歸セシムルヲ例トス。

(21) ドイツ民法典 928 条「所有権の放棄，州庫（国庫）の先占」

1 土地の所有権は，所有者が土地登記所に対して放棄の意思を表示し，放棄が土地登記簿に登記されることによって，これを放棄することができる。

2 放棄された土地を先占する権利は，その土地の所在する州の州庫（国庫）に帰属する。州庫（国庫）は，所有者として土地登記簿に登記されることで，その所有権を取得する。

BGB928 Aufgabe des Eigentums, Aneignung des Fiskus

(1) Das Eigentum an einem Grundstück kann dadurch aufgegeben werden, dass der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamt gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird.

(2) Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Landes zu, in dem das Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, dass er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lässt.

(22) ドイツ法における関連概況については，田處博之「土地所有権は放棄できるか——ドイツ法を参考に」論究ジュリスト 15 号（2015）87 頁以下，フランス法における関連概況については，小柳春一郎「不動産所有権論の現代的課題——物の体系における実物不動産の位置」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務，2014）668 頁以下が詳しい。なお，小柳論文 686 頁によれば，フランスにおいては，いまのところ不動産放棄について一般論として必ずしも確立しているわけではなく，個別事例についても，物権の特性から放棄可能という議論が克服されているわけでもなく，実際的にも，不動産放棄の扱いについて確立していないようであり，日本法とも類似した状況と考えられるという。

(23) 前掲註(22)田處論文 84 頁は，かりに不動産の所有権が放棄されたとしても，ただちに国が所有権を取得することになるため，無主の不動産は存在し得ないと考える。

(24) 富井政章『民法原論第一卷（訂正九版）』（有斐閣書房，明治 43 年）303 頁。

(25) 同上 306 頁。

(26) 富井政章『民法原論第二卷（訂正九版）』（有斐閣，大正 12 年）82～83 頁。

(27) 「民一四九二（土地所有権ノ抛棄） 質疑者 會員 宮本省吾君 土地ノ所有権ハ如何ニシテ之ヲ抛棄スルコトヲ得ルヤ 解答者 法學士 牧野英一君」『法典質疑録』7 卷 4 号（明治 37 年）3～4 頁（法典質疑会＝梅謙次郎編集『法典質疑録（合本第 14 卷）第 7 卷第 1 号～第 7 卷第 6 号 日本立法資料全集別巻 584（復刻版）』（信山社，2009）121～122 頁）。

(28) 牧野英一『民法の基本問題 第四奥附』（有斐閣，昭和 11 年）457～458 頁。

(29) 「土地所有権ノ抛棄ニ關スル件（大正十四年二月十八日委員會第一科決議議案（一二）第三六號）」法曹會雜誌第 3 卷第 4 号（大正 14 年）92～93 頁。

(30) 山下博章『物権法論 上巻』（文精社，昭和 2 年）422 頁の註釈。

(31) 鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務」法務省法務総合研究所編『不動産登記をめぐる今日の課題——不動産登記制度 100 周年記念論文集』（日本加除出版，昭和 62 年）59 頁。

(32) 川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店，昭和 24 年）241～242 頁。

(33) 高島平蔵「近代民法における不動産占有の意義」早稲田法学第 40 卷第 1 号（1965）141 頁。

(34) 我妻榮『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店，昭和 27 年）156 頁。

(35) 鈴木祿彌「フランス法における不動産委棄の制度」民商法雑誌第 27 卷第 6 号（昭和 27 年）12 頁。

(36) 広中俊雄『物権法 上巻（現代法学全集 6）』（青林書院新社，昭和 54 年）134 頁。

(37) 今泉孝太郎『農民法研究』（泉文堂，昭和 32 年）99 頁は，農地調整法は，農地の使用，収益，処分についての民法の特別法であると理解する。なお，同法 4 条は，自作農創設事業のため未開墾地の収用または使用を認め，さらに，同法 31 条は，地主または農民が，兵役その他の理由で農地を自ら

管理し得ないときは、市町村、農会等に農地の管理または買取りの申出をなすことができることを規定していた。

- (38) 前掲註(4)篠塚書 199～200 頁。
- (39) 末広巖太郎『農村法律問題』(改造社, 大正 13 年), 末川博『権利侵害論』(日本評論社, 昭和 5 年), 我妻榮『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣, 昭和 28 年)等の著名な業績を挙げることができる。
- (40) 前掲註(32)川島書 323 頁以下。
- (41) たとえば, 前掲註(17)水本書, 甲斐道太郎『土地所有権の近代化』(有斐閣, 昭和 42 年), 前掲註(4)篠塚書, 戒能道厚『土地法のパラドックス — イギリス法研究, 歴史と展開』(日本評論社, 2010)等の業績を挙げることができる。
- (42) 水本浩『不動産利用権の新しい展開 — 現代都市問題の解決のために』(有斐閣, 昭和 60 年) 25 頁。
- (43) 石田穰『物権法』(信山社, 2008) 296 頁。
- (44) 前掲註(8)堀田論文 91 頁。
- (45) 平野裕之『物権法』(弘文堂, 2012) 200～201 頁。
- (46) 藤巻梓「不動産所有権とその共有持分の放棄～ドイツにおける 2007 年の二つの BGH 決定を題材にして」静岡大学法政研究 16 巻 1～4 号 (平成 24 年) 73 頁。
- (47) 前掲註(2)吉田論文 23 頁。
- (48) 同上 23 頁でも, 国もまた他のいかなる者もそれを引き取らないような絶対的負財としての不動産については, 放棄が認められないことになるが, そのような不動産について事実上の放棄が長期間継続するような場合には, 地方自治体あるいは国が, 最終的にはそれを引き取るという判断をせざるを得ないことになろうと考えている。
- (49) 山野目章夫「表示に関する登記の課題と展望」登記研究 821 号 (平成 28 年) 52 頁。
- (50) 同上 59 頁。
- (51) 前掲註(22)田處論文 88 頁。
- (52) 同上 88 頁。さらに, 未登記であっても, 登記懈怠との非難が当たらないのであれば, 第三者に対抗できるとみる余地はあるかもしれないと考える。
- (53) 水本浩編著『法学ガイド(4) 民法Ⅱ (物権)』(日本評論社, 1988) 174 頁。
- (54) 平井宜雄「不動産取引と不動産市場の特質 — 売買を中心として」平井宜雄『平井宜雄著作集(3) 民法学雑纂』(有斐閣, 2011) 414 頁。
- (55) 前掲註(32)川島書 246 頁も, 引渡や登記は, すでに移転した所有権についてただ対抗要件のみをつけ加える行為あるいは売買契約そのものによって所有権が移転するための一定の条件にすぎないと考える。
- (56) 遠藤研一郎「不動産所有権に関するいくつかの今日的な課題」『中央大学・漢陽大学校合同シンポジウム報告(1)』67 頁。なお, 最判昭和 38 年 2 月 22 日民集 17 巻 1 号 235 頁は「共同相続した不動産について, 相続人は登記なくして, 自己の持分を第三者に対抗できる」と判示しており, 相続時における登記のインセンティブを欠く状況を醸成しているのではないだろうか。
- (57) 大西泰博『土地法の基礎的研究』(敬文堂, 2010) 319～320 頁も, 篠塚説が公信力説と称されるのは, 「登記を信頼した」という点のみが捉えられたことによる「誤解」であるとする。
- (58) 篠塚昭次「占有論序説」早稲田法学第 32 巻第 3・4 号 407 頁以下。
- (59) 同上 461～462 頁。
- (60) 同上 463 頁。
- (61) 篠塚昭次『民法セミナーⅡ』(敬文堂, 1970) 148 頁以下。
- (62) 前掲註(57)大西書 320 頁。
- (63) 渡辺洋三「地下水利用権の濫用」末川先生古希記念論文集刊行委員会編『権利の濫用 中』(有斐

閣，昭和37年）80頁。

- (64) 松山地宇和島支判昭和41年6月22日下民集17巻5=6号490頁は，水脈が同じである地下水について，その水脈が存する土地の所有者の共同資源と捉え，そこから地下水利用の合理的制約が導出されると解する。また，名古屋高判平成12年2月29日判タ1061号178頁は，地下水は一定の土地に固定的に専属するものでなく，地下水脈を通じて流動するものであり，その量も無限ではないことから，このような特質上，土地所有者に認められる地下水利用権限も合理的な制約を受けると解している。
- (65) 大判大正4年6月3日民録21輯886頁は，「土地より湧出した水がその土地に浸潤して未だ溝渠その他の水流に流出しない間は，土地所有者において自由にこれを使用することができ，その余水を他人に与えなくとも，他人が特約，法律の規定または慣習等によってこれを使用する権利を有しない限りでは，これに対し何ら意義を述べることはできない。すなわちこの場合における土地所有者の水を使用する権利は絶対に無制限である」として，地表水と地下水の法的性質を峻別して考える。
- (66) 宮崎淳「水資源の保全と利用に関する基礎理論」創価法学第40巻第3号（2011）95頁。
- (67) 前掲註(17)水本書204頁。
- (68) 甲斐道太郎 = 稲本洋之助 = 戒能道厚 = 田山輝明『所有権思想の歴史』（有斐閣，1979）191～192頁。
- (69) 前掲註(4)篠塚書192頁。
- (70) 前掲註(42)水本書36頁は，近現代社会においては，土地に関しては利用権こそ所有権に優越すべきであるとして，所有本位から利用本位への法意識の転換を提唱しているが，それから30年以上の歳月が流れてなおも，同じような議論をしていることに，近代的土地所有権なるものが日本人の心理のいかに奥底にまで浸透しているのかを伺い知ることができる。

（原稿受付 2019年6月25日）