

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—

堀 田 親 臣

- 一 はじめに
- 二 土地所有権の放棄に関する裁判例
- 三 所有権の放棄とその制限
- 四 若干の検討

一 はじめに

わが国で、土地を所有するという事は、何を意味するのか。一口に土地といっても、土地は、宅地、田・畑（農地）、山林というようにその用途との関係で様々に分類されることがある。また、都市部の土地もあれば、山間部の土地もあり、財産的価値の非常に高いものから、そのような価値の乏しいものまで存在する。その上、平坦な土地もあれば、急傾斜の土地もあり、地盤のしっかりした土地もあれば、そうでない土地もある。

わが国の国土は、その約7割（3／4）が山地ともいわれており、「土地を所有する」ことについて、わが国で考える場合、「都市部の（平坦な）財産的価値のある（高い）土地」のみを想定して考えるのでは不十分である。わが国の土地は、地理的・気候的要因等を考慮して、それを所有することの意味を考える必要があることは否定できず、特に近時の地震や大雨の影響による被害の発生状況等をみると、現在の日本で土地を所有ということは、必ずしも権利、つまり利益の享受という側面からだけでなく、現実的には所有することによる負担といったことも考慮しつつ、それが何を意味するのかということをも改めて考える必要がある。

ところで、前述のように、土地の所有権を考える場合、その客体たる土地

には多種多様なものがある。したがって、そのすべてを対象に本稿で論じることには自ずと無理がある。そこで、筆者のこれまでの研究⁽¹⁾との関係から、本稿では、財産的価値が必ずしも高いとはいえない土地、あるいは傾斜地といった(危険を含む)土地を念頭に置きつつ、それらを現在のわが国で所有することの意味を考えてみることにしたい。

ここで、そのような土地を所有することの意味は、具体的には、例えば、そのような土地の所有権を放棄することができるかどうかという問題と関連づけて論じることで、その一面を明らかにすることができると考えられる。というのも、権利の放棄は、一般に、権利の消滅原因の1つと考えられており、土地所有権の放棄が認められれば、それまで存在していたその土地の所有権が消滅し、その所有者について「所有権のある状態」と「ない状態」を想定することが可能となり、その対比を通じて、前述のような土地を所有することの意味(ある場合とない場合で何が違うのか)を一定程度明らかにすることができる考えるからである。

なお、そもそも「土地の所有権を放棄することができるか」という問題については、少ないながらも、先行研究が存在する。最近のものとしては、田處博之教授の研究があり⁽²⁾、明文規定をもって土地所有権の放棄について定

(1) 主には、拙稿「物権的請求権の相手方(一、二・完)」広島法学31巻4号55頁以下、34巻4号37頁以下(2008、2011年)、同「土壤汚染と物権的請求権(一、二・完)」広島法学37巻1号199-226頁、39巻3号43-76頁(2013、2014年)、同「〔基調報告2〕土砂災害と私法的対応」広島法科大学院論集12号345頁以下(2016年)における研究の過程で、意識するようになってきたものである。

(2) 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87頁以下(2015年)。本稿も、田處教授の論文を大いに参考とさせていただいた。なお、本稿の校正の段階で、土地総合研究25巻2号(2017年)の「特集 所有者不明地等の課題と対応」の存在を知った。同特集の吉田克己「土地所有権の放棄は可能か」(98頁以下)、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—」(112頁以下)の研究成果を本稿では反映することができていないことをお詫び申し上げる。

めるドイツ法を参考とした研究成果が公表されている。田處教授の論文でも引用されているように、「…不動産所有者が所有権を放棄できるか否かについては、わが民法には規定がなく、はっきりしない」ともいわれている。また、「そもそも、わが民法では、不動産に限らず一般に、物について所有権放棄が可能かどうか、規定がない」とのことであり、さらに、所有権だけでなく、権利一般についても、その放棄を可能とする一般的・直接的な規定が置かれているわけではないといえよう⁽³⁾。

ここで、田處教授がその論文を執筆されていた当時の状況としては、土地所有権の放棄という問題は、それを正面から取り扱った具体的裁判例は「見当たらない」とされており、少なくとも裁判実務の場面では、未だ潜在的な可能性の問題といえなくない状況にあったと考えられる⁽⁴⁾。しかし、平成 28 (2016) 年に、下級審裁判例が公表されるに至り (詳細は次項二参照)、可能性の問題がいよいよ顕在化してきたということも許されよう。

以上のことを踏まえ、本稿では、まず、平成 28 年に出た下級審裁判例がいかなるものであるのかの確認から始めることにする。その上で、同裁判例の考察を通じ、論点を整理し (二)、各論点についてのこれまでの解釈論の状況

(3) 以上の詳細につき、主には、田處・前注 (2) 82 頁以下を参照のこと (本稿で取り上げる後掲・松江地裁判決の解説 (前田智恵、訟務月報 62 卷 10 号 1671 頁以下も参照)。また、不動産所有権に関する部分については、元は、川島武宜 = 川井健編『新版注釈民法 (7) 物権 (2)』(有斐閣、2007 年) 397 頁〔五十嵐清 = 瀬川信久執筆〕での民法 239 条の解説による。権利一般については、本稿の執筆者によるものである (この点については、本稿三 1 も参照)。なお、個別の権利については、その放棄が可能であることを前提とした規定が置かれていることは周知の通りである (後にふれる)。

(4) 田處・前注 (2) 82 頁参照。なお、前注 (3) の平成 28 年松江地裁判決の解説 (訟務月報 62 卷 10 号 1675 頁) では、土地の所有権放棄に関連する裁判例として、大津地裁昭和 53 年 1 月 23 日判決 (訟務月報 24 卷 10 号 1925 頁。同判決の控訴審判決である大阪高裁昭和 58 年 1 月 28 日判決 (判タ 506 号 101 頁) については、田處教授もその論文で言及されている) 及び横浜地裁昭和 53 年 7 月 26 日判決 (訟務月報 24 卷 3 号 425 頁) が挙げられている。

を確認する（三）。そして、本稿では、土地所有権の放棄という視点から、わが国で土地を所有することの現代的意義を可能な範囲で検討してみることとしたい（四）。

二 土地所有権の放棄に関する裁判例

1 具体的裁判例

第1審：松江地裁平成28年5月23日判決（訟務月報62巻10号1671頁）

控訴審：広島高裁松江支部平成28年12月21日判決（判例集未登載、

LEX/DB：文献番号25545271）

【事案の概要】

原告X（司法書士）は、平成26年10月23日時点で、本件各土地⁽⁵⁾を所有していた（各土地について、X名義の所有権登記あり⁽⁶⁾）。Xは、被告Y（国）を相手方として本件訴訟を提起し、本件各土地の所有権を放棄する単独の意思表示をした（放棄の意思表示が認められた場合、本件各土地は無主物とな

(5) ①本件各土地（土地1・2）の評価額・年税額等については、次のような認定がなされている。土地1：山林（23,084㎡）。平成26年度の固定資産税評価額は47万円余りで、年税額は7,569円。土地2：山林（330㎡）。同上評価額は6,763円で、年税額は108円。土地1・2とも、民家や道路（県道）、JR山陰本線に近接し、隣地との境界は未確定とのこと。

(6) ②本件各土地をXが取得することになった経緯については、次のような認定がなされている。（i）本件各土地は、昭和10年3月22日当時、Xの曾祖母Aが所有していた、（ii）相続により、B（Xの父親）が本件各土地の所有権を取得し、平成26年9月18日に相続登記がなされた、（iii）平成26年10月1日、本件各土地をBがXに贈与し、平成26年10月17日にその登記がなされた。なお、BがXに本件各土地を贈与した背景には、前述の（ii）による相続登記がなされたことにより、Xは、本件各土地を将来的に相続する可能性が高くなったと考え、よく分からない土地を将来的に延々と保有しつづけることになることについて釈然としないものを感じるようになり、Bに対し「このまま置いておくと、本件各土地は将来的に自分が相続することになるが、今のうちに自分の責任で処分したいので、本件各土地を贈与してもらいたい」と申し出、Bがそれに応じたとの事情があったとのこと。

り、民法 239 条 2 項により、本件各土地は国庫に帰属)。これを原因として、X から Y への所有権移転登記手続きを求めたのが本件事案である⁽⁷⁾。

【裁判の経過】⁽⁸⁾

(a) 第 1 審判決の概要 X の請求棄却。

松江地裁は、X による所有権の放棄は、権利濫用にあたるとして許されないと判示した。判決理由では、(i) 将来相続により本件各土地を保有しつづけることを避けたいとの考えの下、X は所有権を喪失するために放棄の意思表示をしており、(ii) その目的の実現のために、あえて X は本件各土地の贈与を受けて、所有権を取得した上、放棄をしたのであり、(iii) X は、自身が放棄をすれば、Y (国) に本件各土地に関する負担・責任が移転することを認識しており、そして、(iv) 実際に、X の放棄が認められ、本件各土地が国庫に帰属することになれば、(Y は)「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」といったことを主たる理由として、裁判所は、X による本件所有権放棄を「本件各土地の負担ないし責任を被告に押し付けようとするものに他ならず、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

(7) 以上のほか、本件事案の判決内容との関係では、以下の事実にも注意が必要。③本件各土地の X による管理：固定資産税の支払いを除き、何ら管理を行ったことはない(地上に樹木が生い茂った状態)。④本件各土地の管理に要する費用：(以下、原告 X の主張を前提としても、) (i) 境界確定に要する費用 = 49 万 5482 円 (土地 1) + 2 万 5194 円 (土地 2) を下らず、(ii) 巡回警備に要する費用 = 1 回あたり 3320 円を下らず、(iii) 単管柵の設置に要する費用 = 3 万 1479 円 / 10m × 約 320m (土地 1、境界の距離)、(iv) 草刈りに要する費用 = 10 円 / 1 m² × 1631 m² (要・草刈り) を下らず、(v) 枝打ちに要する費用：899 円 / 1 本を下らずとのこと。

(8) 紙幅の関係上、本稿では、判決内容の詳細は省略せざるを得ないことをお断りしておく(なお、詳細については第 1 審の詳細は訟務月報 62 卷 10 号 1678 頁以下、控訴審の詳細は現時点では LEX/DB：文献番号 25545271 を参照のこと。また、両判決については、土地総合研究 25 卷 2 号の吉田・前注 (2) 108 - 109 頁、田處・前注 (2) 128 - 129 頁にその概要の紹介とコメントがあるので、参照いただきたい)。

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、権利濫用⁽⁹⁾に当たり許されないものというべきである」と判示した。

(b) 控訴審判決の概要 Xの控訴棄却。

広島高裁松江支部は、第1審判決を補正の上、引用すると共に、控訴審でのXの主張に対する判断を付加しつつXの控訴を棄却した。具体的には、第1審判決で挙げた(iii)Xの放棄によるYへの負担・責任の転嫁に関するXの認識について、第1審判決で述べられたことを前提に、さらに「Xは、簡裁訴訟代理関係業務を行う資格を有する司法書士であることが認められ、かかる事実によれば、Xは、不動産及びその取引に関する法律的、経済的知識を有するものと推認される」との理由が付加されて、Xの主張が退けられた。また、(iv)に関連して、Xは、「国有財産法9条の5の規定にかかわらず、国有地についての測量、巡回警備、単管柵設置、草刈り及び枝打ちを行うか否かについて、Yは一定の裁量を有」する旨の主張を行ったが、裁判所は、Yが本件各土地を取得した場合のYによる測量、境界確定、巡回警備等の必要性⁽¹⁰⁾を認め、Xの主張を退けた⁽¹¹⁾。

以上により、広島高裁松江支部は、「…不動産について所有権放棄が一般論として認められるとしても、Xによる本件所有権放棄は権利濫用等に当たり

(9) 後述するように、控訴審判決では、「等」を加える補正が行われたことに若干注意。

(10) 判決理由では、国有財産法9条の5の「良好な状態での維持及び保存」の意味について判示した上で、そのような維持・保存のために巡回警備、単管柵設置、草刈り及び枝打ちの必要性が認められ、また、そのような維持・管理を前提とする「適正な方法による管理」を行うこととの関係上、測量の必要性が肯定された。そして、境界確定の必要性に関しては、国有財産法6条との関係で、それが認められるとの判断がなされた。

(11) 以上のほか、控訴審判決では、a)一般条項(権利濫用、公序良俗違反)の適用の有無等に関するXの主張に対する判断、b)前述の測量の必要性和関連づけたいわゆる不動産登記法14条地図(同法14条1項参照)についてのYの不動産登記法上の責任懈怠に関するXの主張に対する判断等もなされている(いずれも否定)が、紙幅の関係上、詳細については省略する。

無効であり、Yは本件各土地の所有権を取得していないから、X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であって、本件控訴は理由がないからこれを棄却する」と判示した。

2 論点の整理

本稿で取り上げた2つの判決の論点は、明らかであり、①土地、さらには不動産についてその所有権の放棄は可能であるかどうか、②可能であるとした場合、放棄はどのようにすればいいのか、そして、③その効力は無制限に認められるのかということに集約されよう。

(a) ①についての裁判所の判断 まず、この論点について、前掲2判決には、微妙に異なるところが見受けられる。それは、控訴審判決が、結論において、「…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、…」と述べる点である。第1審判決には、このような表現は認められず、所有権の放棄ができることが、ある意味当然の前提とされているように思われる。

その一方で、すでに、「一 はじめに」で指摘したように、わが国の民法には、所有権だけでなく、権利一般について、その放棄が可能であることを一般的・直接的に定めた規定が置かれているわけではない。控訴審判決は、推測の域を出るものではないが、そういった事情に配慮して、「一般論として認められるとしても」という表現を用いたとも考えられる。

以上のことから、①の問題を考えるにあたっては、まず (i) 権利 (私権) の放棄は可能なかどうかということから確認する必要があり、その上で、(ii) 物権、所有権の放棄が可能かどうかをみる必要がある。また、所有権の放棄を考えるにあたっては、(iii) その客体、つまり動産・不動産で違いがあるのかも考える必要がある。というのも、周知の通り、動産と不動産では、その第三者対抗要件に関する規律が異なること、また、本件事案にも関わることであるが、所有権の放棄が認められ、その客体が無主物となっ

た場合に、民法 239 条が動産と不動産とでその取り扱いを異にする定めを置いているからである。

(b) ②及び③についての裁判所の判断 ②及び③の問題は、相互関連性を有する(②の内容が明らかとなることにより、その制限可能性(③)も考えることができる)ことから、ここでまとめてみることにする。

まず、②の問題について、裁判所は、第1審及び控訴審のいずれにおいても、所有者の一方的な意思表示による放棄を前提としているようである⁽¹²⁾。

これを前提に、③の問題についてであるが、まず、裁判所は、前掲2判決のいずれにおいても、結論の点で、Xによる所有権の放棄が制限されることがあるとの判断を下している。なお、両判決の判決文をみると、第1審判決では、Xによる所有権放棄が権利濫用にあたり許されないとするのに対し、控訴審判決は、権利濫用に「等」を加え、その制限を理由づける根拠に幅をもたせる補正を行っていることに若干注意する必要がある⁽¹³⁾。

以上のことから、②及び③の問題を考えるにあたっては、(iv)所有権を放棄するための方法についての解釈論の状況を確認し、(v)それに応じた制限の可能性をみる必要がある。

三 所有権の放棄とその制限

前項二でみたように、土地所有権の放棄について考えるにあたっては、そもそも、所有権を含む権利(私権)の放棄自体が可能かどうかということか

(12) 控訴審判決も引用する第1審判決は、判決理由で「…原告による本件所有権放棄が認められれば、本件各土地は、民法 232 条 2 項により(執筆者注:判決文のまま。控訴審判決で 239 条 2 項に補正)必然的に国庫に帰属することとなるのであって、被告は、本件各土地の取得について何らの行為をなすことなく、いわば原告の意思表示により一方的かつ必然的に、本件各土地の所有に伴い生じる負担を余儀なくされる関係にある…」と述べるところがある。

(13) 第1審でも、争点としては、「権利濫用又は公序良俗違反」が問われていたが、結論としては、権利濫用にあたるかの判断が下されていることを補足しておく。

ら確認する必要がある。そこで、以下では、まず、権利、物権・所有権の放棄可能性の問題に関するこれまでの議論状況を概観した上で (1)、物権・所有権の放棄の方法とその制限に焦点を絞って考察することにする (2)。

1 権利、物権・所有権の放棄可能性

「権利、ことに民法は、権利本位に構成されている。」といわれることがある⁽¹⁴⁾。また、民法の条文構成を形式的にみる場合にも、例えば、民法 1 条は、私権に関する基本原則を定めるといわれ、その内容は、権利がある (権利を有する) ことを前提とするものである。また、同 3 条も、権利能力の始期について定めはするが、周知の通り、終期についてそれを直接的に定める明文規定はないといわれている。つまり、わが国の民法、及びそれを前提とした解釈論は、ある意味、権利取得の有無、現に有する権利の行使を中心として発展してきたと思われるところがあり、他方で、権利者がその権利を喪失 (放棄) する (現に有するものを手放す) というところは、それほど議論の対象とされてこなかったのではないかと考えるところである。

そこで、以下では、まず、民法制定後、権利の放棄について、どのような議論の展開がみられるかということを確認することから始めることにする。

(1) 権利放棄の可能性

まず、わが国の民法には、権利の放棄 (それが可能であること) について、それを一般的・直接的に定める明文規定はないということができよう⁽¹⁵⁾。そこで、以下では、可能な範囲で、権利の放棄に関する解釈論の動向を探ってみることにしたい。

(14) 例えば、我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店・1965年) 31頁等参照。

(15) なお、すでに指摘したように、個別の権利については、放棄に関する明文規定が置かれていることは周知の通りである (例えば、所有権に関連して共有持分の放棄 (民法 255 条) 等、その他の物権関連では地上権・永小作権の放棄 (民法 268、275 条)、抵当権・抵当権の順位の放棄 (民法 376 条) 等が挙げられる (その他、民法 287 条、398 条も)。この他にも、広く権利・利益の放棄に関連するものがあるが省略する)。

ところで、権利一般について、そもそも、その放棄が原則として「できない」と述べるものは、（ある意味、当然のことかもしれないが、）見出しがたい。

以上のことを前提に、例えば、民法の起草委員の1人である富井政章博士は、『民法原論・第一巻総論』⁽¹⁶⁾の「第五編 私権ノ得喪」の中で、権利の取得・喪失について詳しく述べる。そこで、博士は、権利の放棄に関連して、「権利ノ喪失又ハ変更ハ当事者ノ意思ニ基因スルコト多シ」、「其最モ重要ナル原因ハ拋棄及ヒ讓渡・・・」と述べる。また、「拋棄トハ将来ニ向テ権利ヲ遺棄スル意思表示」、「・・・拋棄ハ無制限ニ之ヲ為スニ非サレハ全ク権利ヲ消滅セシムル効力ナキモノトス」とも述べ、ある意味、当然に、(i) 権利者による権利の放棄は可能であり、(ii) 放棄は意思表示によると考えていたようである。

また、穂積重遠博士も、『民法総論』⁽¹⁷⁾の中で、「権利行使」との関係で、放棄について言及する。博士の考える（狭義の）権利行使は、権利の内容たる利益を実現する行為を意味し、それと（広義の）権利の行使（博士の理解では、権利の存在を前提とするすべての行為を意味する）は区別されると説く。ここで、「権利の拋棄」は、広義の権利の行使には含まれるが、権利の内容たる利益を実現する行為ではないことから、それは、狭義の権利行使には含まれないとする。そして、博士は、「権利行使の自由」との関係で、「権利拋棄」について触れ、「権利拋棄の自由も亦権利行使の自由と同様通則と認められる所である」としつつ、「民法も既に或権利を拋棄し得ないものとした（一〇二〇條、一一二八條）」と述べる。つまり、ここでも、権利者による権利の放棄が可能であることが、当然の前提とされているといえよう。

(16) 本稿では、富井政章『訂正・民法原論・第一巻総論』（大正11年合冊版（の復刻版、有斐閣・1980年））を参照した。以下、本文の内容は、同書367頁以下（特に375頁以下）による。

(17) 本稿では、穂積重遠『改訂民法総論』（改訂第8版、有斐閣・1936年）を参照した。以下、本文の内容は、同書79頁以下による。

このように、民法制定後、比較的初期の段階での体系書類では、権利の放棄に関する多少詳細な記述が見受けられる状況にあったといえる。しかし、その後の体系書類では、権利（私権）の変動との関係で、権利の消滅（喪失）について簡単にふれられることはあっても⁽¹⁸⁾、放棄という原因にまで詳細に言及するものはあまり多くないということに一応留意する必要がある。

(2) 物権・所有権の放棄可能性

①物権・所有権の放棄可能性 それでは、次に、物権、さらには所有権の放棄可能性に絞って、考察することにする。

まず、物権一般について、その放棄が可能であることを直接的・明示的に定めた規定は、民法に置かれていないといえていいであろう。その一方で、周知の通り、各種物権について、その放棄に関する明文規定が置かれていることもあり、解釈論上、結論の点で、物権が一般に放棄可能であるということにはほぼ異論はないであろう⁽¹⁹⁾。

具体的には、ここでも例えば、富井博士は、『民法原論・第二巻物権』⁽²⁰⁾で、概ね次のようなことを述べる。まず、博士は、物権の消滅原因の1つとして、「拋棄」を挙げ、「拋棄ハ常ニ権利者ノ意思ノミニ因リテ成立スルモノトス」とする。なお、博士によると、わが国の民法は、債権の放棄についてのみ規

(18) 例えば、我妻・前掲書（前注（14）231頁以下は、「法律行為と権利の変動」として、「(2) 権利の消滅（喪失）」との関係で「(イ) 絶対的消滅（喪失）、(ロ) 相対的消滅（喪失）…権利の移転（他面からみれば承継取得）」と述べる程度である。その他、近時の民法総則の体系書類でも、権利の変動との関係で、消滅についての言及はあるが、その程度にとどまるようである（例えば、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣・2005年）55頁以下、河上正二『民法総則講義』（日本評論社・2012年）224頁以下等）。なお、権利の放棄一般については、吉田・前注（2）99頁以下も参照。

(19) 以上については、すでに述べたとおりである。なお、それと関連して、前注（3）及び（15）も参照のこと。

(20) 本稿では、富井政章『訂正・民法原論・第二巻物権』（大正12年合冊版（の復刻版、有斐閣・1980年））を参照した。以下、本文の内容は、同書82頁以下による。

定 (民法 519 条) を置くが、物権の放棄についても疑いなしとする。

また、その後の物権法の体系書類等をも、物権の放棄は、それが当然認められることを前提とした論述がみられる。例えば、我妻 = 有泉補訂『物権法』⁽²¹⁾では、物権の変動との関係で、「放棄などによって喪失する」、また、物権変動の法律要件との関係で、「(イ) 最も主要なものは法律行為である (契約と単独行為 (放棄・遺言) とあり、動産不動産に通じ、すべての変動に及ぶ)」と述べられている。この他、河上『物権法講義』⁽²²⁾でも、物権変動には「消滅する (喪失)」という変動が含まれ、物権の消滅との関係で「放棄」について、「権利者が自己の有する物権を放棄すれば、原則として物権は消滅する」と述べる。

このように、物権一般について、その放棄が (原則として) 認められることに、ほぼ異論はないことから、次に、所有権の放棄に絞って、解釈論の動向をみる。

まず、これについても、富井博士は、物権の放棄が一般にできることに続けて、所有権の放棄ができることを前提に、次のように述べる。つまり、「物権ノ抛棄ハ一般ニ片意的ナルコト疑ナキ所トス殊ニ所有権ノ抛棄 (所有物ノ遺棄) ノ如キ特定ノ法律関係ニ基カサル権利ノ抛棄ハ其最モ著明ナルモノト謂フヘキナリ」⁽²³⁾。

また、梅謙次郎博士も、『民法要義・卷之二 物権編』⁽²⁴⁾の中で、所有権の放棄ができることを前提とした論述を行っている。

(21) 我妻栄 = 有泉補訂『新訂物権法』(岩波書店・1983年)。以下、本文の内容は、同書 38 頁による。

(22) 河上正二『物権法講義』(日本評論社・2012年)。以下、本文の内容は、同書 44 頁以下、182 - 183 頁による。

(23) 富井・前掲書 (前注 (16)) 376 頁参照。また、富井・前掲書 (前注 (20)) 83 頁も参照。

(24) 本稿では、梅謙次郎『訂正増補・民法要義・卷之二物権編』(明治 44 年版 (の復刻版、有斐閣・1979 年)) を参照した。

ここで、梅博士の考えにおいて、今日の理解との関係で、若干注意を要するのは、次の点である。つまり、前述のように、梅博士は、所有権の放棄ができることを前提とした論述を行っているが、それは、財産権は大抵処分権をもつものなので、所有権に限らず、財産権一般について、法律上の処分、その1つである放棄が認められると説く点である（より具体的には、民法206条の定める「所有物の使用、収益、処分」の「処分」に法律上の処分（譲渡・放棄）が含まれないことを説明する関係で、この点について詳述する。要するに、梅博士の説明では、民法206条の「処分」は所有権に特有の権能を意味内容とし、それとの対比において、法律上の処分（譲渡・放棄）は、所有権に特有の権能ではなく、財産権一般に認められるものであることから、前述のように解するわけである⁽²⁵⁾）。

このように、初期の学説は、所有権も放棄が可能であることを認めつつも、それは、財産権一般に妥当する性質であるということから、そのような解釈論的帰結を導いていたようである。その一方で、その後の学説は、むしろ、民法206条の「処分」との関係で、放棄が可能であるとの理解が増加しつつあるように見受けられる。

例えば、我妻=有泉補訂・前掲『物権法』は、「(b) 処分は目的物を物質的に変形・改造・破壊することと、法律的に譲渡・担保設定その他の処分行為をすることを含むと解してよいであろう。」と述べる⁽²⁶⁾。確かに、ここでは、「放棄」は述べられていないが、民法206条の「処分」に「法律上の処分」を含む理解が示されていることに注意が必要であろう。その他、近時の体系書類では、前述したように、民法206条の「処分」に放棄が含まれると明示す

(25) 以上につき、主としては、梅・前掲書（前注（24））102頁以下（特に104頁）による。また、富井博士も放棄について明示されているわけではないが、おそらく同様の理解であると考えられる（これについては、富井・前掲書（前注（20））89頁以下（特に93頁以下）参照）。

(26) 我妻=有泉補訂・前掲書（前注（21））270頁参照。

るものが増えつつある状況にある⁽²⁷⁾。

なお、本稿の目的は、所有権の放棄が解釈論として可能と考えられているかどうかということにあり、その意味では、上述のことから、それを可能と解することにわが国ではほぼ異論がないという状況であることが明らかになったと思われる。ただ、それを如何に根拠づけて説明するかという点で、学説には多少異なるところが見受けられるということに留意する必要があると思われる⁽²⁸⁾。

②動産・不動産での相違点の有無　それでは、次に、動産と不動産とで、所有権の放棄に相違があると考えられているかどうかについてみることにする。

ここで、先行研究である前掲・田處論文によると、不動産所有権の放棄については、多少見解に相違があることがわかる⁽²⁹⁾。その一方で、動産所有権については、原則、その放棄が可能であることに異論はないようであり、裁判例の中にも、その放棄に言及するものがいくつか存在する。

そこで、以下では、動産所有権についての裁判例等を概観した上で、不動産所有権の解釈論の状況を確認することにする。

(27) 民法 206 条との関係で放棄について述べるものには、例えば、河上・前掲書（前注（22）256 - 257 頁、安永正昭『講義 物権法・担保物権法 [第 2 版]』（有斐閣・2014 年）130 頁、平野裕之『物権法』（日本評論社・2016 年）262 頁以下（特に 264 頁、また 207 頁も）等参照。

(28) この点については、田處・前注（2）87 頁の注 44）でも指摘されているところである（参考まで、例えば、末川博博士は、民法 206 条の「処分」との関係で、法律上の処分をも包含する説明をした上で、「もっとも法律上の処分はすべての財産権について許されているのが原則であって、所有権特有のことではない」と述べられている（末川博『物権法』（日本評論社・1956 年）276 頁）。なお、いずれにしろ、可能とする結論の点で、違いがあるわけではない。ただ、その一方で、民法 206 条の「処分」に法律上の処分、さらには放棄を含めて解する場合、わが国の民法に所有権放棄の根拠規定がないとはいいいくくなるようにも思われる。

(29) 従来の解釈論の状況については、田處・前注（2）82 頁以下を参照のこと。

(i) 動産所有権の放棄 動産所有権の放棄については、民法 206 条の「処分」の解説のほか、(無主物)先占について定める民法 239 条 1 項との関係で論じられることが多い。なお、一般的には、「所有権の放棄は、相手方のない意思表示によりその効力を生じ、動産は無主物となって先占の対象となり(239 条 1 項)、不動産は国庫に帰属する (239 条 2 項)」等と説明される⁽³⁰⁾。

次に、裁判例であるが、具体的には、a) 鉱業権に関連するものと b) 遺骨・遺骸に関するやや特殊なもののが引き合いに出されることがある。

a) の事例について、大審院大正 4 年 3 月 9 日判決 (民録 21 輯 299 頁) は、当時の鉱業法 3 条が「未タ採掘セサル鉱物 (廢鉱及ヒ鉱滓ヲ含ム) ハ国ノ所有トスト」と定めていたことに関連して、既に採掘されている鉱物の所有に関し、「既ニ採掘シタル鉱物ハ必スシモ国ノ所有ニ非スシテ通常之ヲ採掘シタル鉱業権者ノ所有ニ帰スル動産ニ属シ鉱業権者カ其所有権ヲ抛棄シタルトキハ鉱業法其他ノ法令ニ別段ノ規定ナキ限りハ民法ノ規定ニ從ヒ遺棄物トシテ何人モ先占ニ因リ其所有権ヲ取得スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヲ得ス」と判示する⁽³¹⁾。

b) の事例について判示するのは、大審院昭和 2 年 5 月 27 日判決 (民集 6 卷 307 頁) であり、同判決は、遺骨が有体物として所有権の客体となりうることを前提とする判例の考え方を確認した上で、その特殊性を考慮して、次のように判示する。つまり、「遺骨又ハ遺骸ニ対スル所有権ハ事物ノ性質上他ノ財貨ニ対スル所有権ト大ニ趣ヲ異ニシ特殊ノ制限ニ服スルコト論ヲ俟タス

(30) 本文の記述については、河上・前掲書 (前注 (22)) 182 頁による (なお、川井健『民法概論 2 物権 [第 2 版]』(有斐閣・2005 年) 25 頁もほぼ同じ)。体系書類では、民法 239 条 1 項の先占の対象となる動産 (無主の動産) の説明との関係で、所有権の放棄が可能であることを前提とした解説がなされることが多い。

(31) なお、最高裁においても、旧鉱業法 3 条の廢鉱の意義との関係で同旨の判断を下した判決があり、鉱物の所有者による所有権の放棄が可能であることが当然の前提とされている (最高裁昭和 23 年 4 月 13 日判決 (民集 2 卷 4 号 71 頁)、同昭和 27 年 12 月 26 日判決 (民集 6 卷 12 号 1302 頁) 参照)。

蓋遺骨又ハ遺骸ハ単ニ埋葬管理及祭祀供養ノ客体タルニ止リ之カ所有権ヲ認ムルモ実ハ叙上ノ目的ヲ達スルカ為ニ外ナラス從テ遺骸ノ所有者ハ他ノ財貨ノ所有者ト異リ其ノ所有権ヲ拋棄スルカ如キハ之ヲ許ササルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ遺骨又ハ遺骸ノ所有権ヲ拋棄スルトキハ祖先ノ祭祀供養ヲ廢スルコトト為リ善良ノ風俗ニ反スルヲ以テナリ」というようにである。

これらの裁判例から、裁判実務においても、動産所有権の放棄が可能であるということが、当然の前提とされているといえよう。

(ii) 不動産所有権の放棄 前掲・田處論文でも指摘されているように、例えば、川島＝川井編『新版注釈民法(7)』⁽³²⁾の民法239条の解説では、「…不動産所有者が所有権を放棄できるかどうかについては、わが民法には規定がなく、はっきりしない」と述べられている。ただ、実際には、これまで述べてきたことからある程度推察されるとおり、物権、さらには所有権について、一般的に、その放棄は可能と解されており、不動産所有権に限って、その放棄ができないと明示するものは多くない。不動産所有権の放棄に関する従来の議論状況については、前掲・田處論文等で述べられていることから⁽³³⁾、ここでは、その成果を踏まえつつ、解釈論の動向を概観する。

まず、一般的な理解としては、すでに指摘のあるとおり、不動産所有権についても、原則として、その放棄が可能であると解されている。具体的には、動産所有権の放棄について述べた(i)で引用したように、所有権放棄がその効力を生じ、無主の不動産になることを前提として、「不動産は国庫に帰属する(239条2項)」等と述べられている。

これに対し、学説には、不動産所有権の放棄について疑問等を提示する見解も存在する。

まず、近藤英吉博士は、『物権法総論』⁽³⁴⁾の中で、「不動産所有権の拋棄は、

(32) 川島＝川井編・前掲書(前注(3))377頁以下(特に379頁)[五十嵐＝瀬川]参照。

(33) 以下の本文の内容については、田處・前注(2)82頁以下及び前注(3)の平成28年松江地裁判決の解説(前田、訟務月報62巻10号1674頁以下)によるところが大きい。

一般に、許されざるものと解されている」と述べつつ、「先占」との関係では、「私人がその所有する不動産を一方的に抛棄し得るか否かについては、明確なる根拠がない」と述べている（但し、それに続けて、「尤も」として、法曹会決議⁽³⁵⁾を引用する）。また、林良平博士は、「不動産の所有者がその所有権を抛棄できるかどうかについては疑問がある」とする⁽³⁶⁾。さらに、鈴木祿弥博士や広中俊雄博士は、放棄を絶対的放棄と相対的放棄に区分しつつ、相対的放棄（民法 287 条の適用ないし類推適用による）はいいとしても、絶対的放棄については疑問を提示する⁽³⁷⁾。そのうち、鈴木博士は、固定資産税を回避するための絶対的放棄については、不動産放棄で解決するより仕方なしと考えるようであるが、広中博士は、前述の相対的放棄とは別に、不動産を無主物たらしめるような放棄は（相対的放棄とは別に）認める必要はないと思われるとする⁽³⁸⁾。

このように、かなり少数ではあるが、不動産所有権の放棄については、それを否定、あるいは疑問を提示する見解があることにも、一応留意する必要がある。

(34) 以下、本文の内容は、近藤英吉『物権法論』（第 5 版、弘文堂書房・1936 年）26 頁、71 頁による。

(35) 「土地所有権ノ放棄ニ関スル件」法曹会雑誌 3 卷 4 号 92 - 93 頁（1925 年）（これについては、田處・前注（2）82 頁にも言及あり）。

(36) 林良平『物権法』（再版第三刷、有斐閣・1956 年）124 頁（なお、その疑問の具体的内容についての言及はない）。

(37) 鈴木祿弥『物権法講義 [五訂版]』（創文社・2007 年）112 - 113 頁、関連するものとして、同『物権法の研究』（創文社・1976 年）91 頁以下（特に 102 頁）。初出は、同「フランス法における不動産委棄の制度」民商法雑誌 27 卷 6 号所収（1953 年）参照。広中俊雄『物権法 [第二版増補]』（青林書院・1987 年）134 頁参照。

(38) 以上につき、鈴木・前掲『物権法の研究』（前注（37））102 頁、広中・前掲書（前注（37））134 頁参照。なお、以上の他、近時、吉田・前注（2）99 頁以下が、土地所有権の放棄については、放棄の自由の制限という例外が現実的には原則化するとの考えを示していることにも注意。

2 物権・所有権の放棄の方法等とその制限

(1) 物権・所有権の放棄の方法等

物権・所有権の放棄が可能であるということを前提とした場合、それでは、如何にして、その放棄をなすことができるかということ进行を明らかにする必要がある。以下では、その方法等に関する解釈論の動向をみることにする。

①放棄の方法 放棄の方法について、学説の多数は、放棄を「物権を消滅させることを目的とする単独行為」と解している。ここで、所有権の放棄については、「所有権…は、特定の人に対する意思表示を必要としない」と述べられることが多く、すでに述べたように、相手方のない意思表示と理解されている⁽³⁹⁾。なお、ここで、不動産所有権の放棄については、動産と異なり、「登記の抹消をしなければ、第三者に対抗し得ない」と解されていることにも注意する必要がある⁽⁴⁰⁾。

②放棄の効果 次に、所有権放棄の効果であるが、放棄の効力が生じた

(39) 以上につき、代表的には、我妻=有泉補訂・前掲書(前注(21))248頁、舟橋諄一『物権法』(有斐閣・1960年)53頁を参照。また、近時のものとしては、舟橋諄一=徳本鎮編『新版注釈民法(6)物権(1)〔補訂版〕』(有斐閣・2009年)782-783頁〔徳本鎮執筆〕、河上・前掲書(前注(22))182頁、佐久間毅『民法の基礎2物権』(有斐閣・2006年)26頁等も参照。なお、本稿で取り上げた裁判例も同様に考えているようであり、さらに、前注(4)で挙げた前掲・大阪高裁昭和58年判決でも、「…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に認識できる程度になされることが必要であって、そのためには不動産についてはその旨の登記のなされることが望ましいことはいうまでもないところである…」との判示がみられる(なお、外部からの認識可能性については、舟橋・前掲書53頁にも言及あり)。

(40) 裁判例については、前注(39)の前掲・大阪高裁昭和58年判決の判示内容等参照。学説については、これも代表的には、我妻=有泉補訂・前掲書(前注(21))240頁、舟橋・前掲書(前注(39))53頁、舟橋=徳本編・前掲書(前注(39))783頁〔徳本〕等参照。なお、どのようにして登記するかという問題があることに注意(このことについては、本稿では、ひとまず、田處・前注(2)84頁及び88頁以下を参照のこと)。

場合については、これも前述したように、「動産は無主物となって先占の対象となり (239 条 1 項)、不動産は国庫に帰属する (239 条 2 項)」と述べられることが多い。この点、学説の一部には、a) 当然国庫に帰属するのか、国庫が独占的先占権を持つのかは疑問であるとする見解⁽⁴¹⁾や b) 「…不動産について、自由に所有権を放棄し無主の不動産として国庫に帰属させることができるのであろうか」として疑問を投げかける指摘⁽⁴²⁾があることにも注意する必要があるであろう。

(2) 物権・所有権の放棄とその制限

物権・所有権の放棄が一般的に可能であるとしても、それが無制限であるかどうかは別問題である。このことにつき、学説は、前述の通り、物権・所有権の放棄を権利者による単独の意思表示 (単独行為) とすることを前提に、①公序良俗に反する場合、②他人 (の権利・利益) を害する場合、及び③濫用になる場合に、それが制限されることがあると解する傾向にある (なお、すべての論者が、これら 3 つを挙げるわけではなく、そのうちのいずれを挙げるかは論者によって異なる)⁽⁴³⁾。

①公序良俗に反する場合 放棄が公序良俗に反する場合に、それが制限されると説くものには、次のようなものがある。なお、本稿では、以下、具体的事例を示すものを中心に考察する。

我妻 = 有泉補訂『物権法』⁽⁴⁴⁾は、物権の放棄が公序良俗に反する場合の例

(41) 近藤・前掲書 (前注 (34)) 71 頁、林・前掲書 (前注 (36)) 124 頁参照。なお、これと関連して、土地所有権の放棄と国 (ドイツではラント) の先占権を定めるドイツ民法 928 条に関しては、ここでは、ひとまず、田處・前注 (2) 84 頁以下も参照のこと。

(42) 平野裕之『物権法』(弘文堂・2012 年) 200 - 201 頁。本文のような疑問に続けて、平野教授は、「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る。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ということができないのは不都合である。」と述べる。

(43) 本文のように、①～③を併記するものには川井・前掲書 (前注 (30)) 25 頁がある。

として、「(例えば危険な土地の工作物の放棄。七一七条参照)」を挙げる(なお、これに続けて、「さらに、これによって他人の利益を害さない場合にだけ認められる。」とする)。また、松尾=古積『物権・担保物権法』⁽⁴⁵⁾は、「物権の放棄も法律行為(単独行為)であるとすれば、それが公序良俗(90条)に反する場合(例えば、産業廃棄物、その他の迷惑物の不法投棄など)は、所有権、その他の物権の放棄自体が無効と解し、所有者に撤去義務を負わせることもできよう」とする。

②他人(の権利・利益)を害する場合 放棄によって、他人の権利・利益が害される場合に、その放棄が制限されると説くものはかなり多い⁽⁴⁶⁾。ただ、ここで注意を要するのは、各論者が、どのような場合を想定して、そのように述べているかということである。各論者の述べるところを大まかにまとめてみると、次のような分類が可能であると思われる。つまり、(i)所有権の放棄の場合⁽⁴⁷⁾、そして、(ii)他の物権の目的となっている物権を放棄する場合(具体的には、抵当権の目的となっている地上権の放棄等(民法398条等参照))である。

体系書類では、(ii)の場合についての言及が多く、そのような場合の物権の放棄が制限されるということは、明文規定をもってそれが定められていることがあつたりすることもあつて、ほぼ異論はない。

(44) 我妻=有泉補訂・前掲書(前注(21))248頁参照。

(45) 松尾弘=古積健三郎『物権・担保物権法(第2版)』(弘文堂・2008年)128頁参照。
その一方で、例えば、平野・前掲書(前注(42))201頁は、「他人に迷惑をかける形での所有権の放棄は許されない。」として、他人の土地への産業廃棄物の投棄を挙げる。この他、吉田・前注(2)99頁以下が、公序良俗法理との関係で詳しく述べる。

(46) 非常に多くの体系書類が言及する(ここでは、例えば、我妻=有泉補訂・前掲書(前注(21)))249頁、舟橋・前掲書(前注(39))54頁を挙げるにとどめる)。

(47) なお、この場合は、さらに、(i-a)他の物権の目的となっている物の所有権の放棄と(i-b)そうでない物の所有権の放棄に分けて考えることも可能であろう。ただ、以下、本稿では、(i-b)の場合を(i)として述べる。

むしろ、本稿との関係で、重要であるのは (i) の場合である。この点、下級審の裁判例に、次のように判示するものがあることは 1 つの参考となろう。つまり、東京高裁昭和 51 年 4 月 28 日判決 (判時 820 号 67 頁、判タ 340 号 172 頁) は、被告である土地所有者が、その土地の所有権を放棄することによって、原告の物権的請求権に基づく妨害排除義務を免れる主張をしたことに対して、「…およそ権利の放棄は、これにより第三者の権利を害する場合には許されないか、放棄しても当該第三者の権利には影響を及ぼさないものと解すべきである (民法第二六八条第一項、第三九八条、民訴訟第五九八条第一項等の趣旨参照)。」と判示する。学説及び上記の裁判例を参考とすると、所有者としての責任を免れるための所有権放棄は、それが、第三者の権利・利益を害する場合には、制限されるということになると考えられよう。

③ 濫用になる場合 放棄が権利の濫用にあたる場合も、その効力が認められないものと解されている。例えば、本稿で取り上げた 2 つの下級審裁判例、また、学説でも、川井・『民法概論 2 物権』⁽⁴⁸⁾ が「…崖くずれにより他人に損害を生じさせるおそれのある崖地の所有者が予防工事を免れるために所有権を放棄するのは権利の濫用で、国庫への帰属は認められない。」とする。

四 若干の検討

ここまで、本稿では、権利 (私権) の放棄が可能であるかというそもそもの問題から出発して、物権・所有権の放棄可能性、可能とした場合の方法等、そして、放棄とその制限に関するこれまでの解釈論の動向を考察してきた。そこで、以下では、これまでの考察を踏まえて、まず、土地所有権の放棄について考えてみることにしたい。

1 土地所有権の放棄

(48) 川井・前掲書 (前注 (30)) 164 頁参照。

わが国の従来解釈論としては、所有権の放棄は、それが可能であるとするのが、一般的理解である。なお、可能とする理由付けの点では、民法の起草委員は、所有権も財産権の1つである以上、財産権には通常処分権があることから、その処分の中に放棄も含まれると解していた一方で、近時は、所有権の内容について定める民法206条の「所有物の…処分」の中に法律上の処分を含めて理解するようになってきているという変化がみてとられる(前項三1(2)①参照)。

以上のことを前提に、所有権の放棄は、「相手方のない意思表示(単独行為)」と解するのが通説の考えるところといえる(おそらく、裁判所の考え方もそうであろう)。ここで、動産と不動産とで違いがあるかについては、あるとするのが多数を占める。とりわけ、学説は、一般に、不動産の所有権については、民法177条との関係から、その登記をしなければ第三者に対抗し得ないと解している(前項三2(1)①参照)。ただ、ここで注意を要するのは、そこでの具体的な第三者についてである。体系書類をみる限り、ただ単に「第三者」と述べられているだけであり、土地所有権の放棄との関係で、具体的な第三者が例示されているわけではない。つまり、民法177条を引き合いに出しつつ、第三者に対する関係で、その登記が必要と解するならば、そのような具体的な第三者を明らかにする必要もあろう。

また、そもそもの問題として、そのような登記を「どうやってするか」という登記実務上の問題があることも、すでに指摘されており、今後これに関連する問題についても、改めて詳細に議論していく必要があると考える⁽⁴⁹⁾。

さらに、前述のこととも多少関連するが、所有権放棄の効果について、多数の理解は、放棄の効力が生じるとその物は無主物になると解している。

(49) これまでの解釈論及び登記実務の状況については、ここでは、ひとまず、田處・前注(2)83-84頁参照(また、田處教授の私見について、87頁以下も示唆に富むものであるので、是非参照のこと)。この他、放棄による反射的な国庫への帰属に関連して、平野・前掲書(前注(42))201頁等も参照。

ここで、動産については、民法 239 条 1 項とも関係して、わが国の法制度上、無主（所有者のない）の動産の存在を前提とした制度が設けられており、前述のように解することにそれほど問題はない（つまり、動産所有権の放棄により、当該動産は無主の動産となり、民法 239 条 1 項の先占の対象となる）。

これに対し、不動産については、事情が異なる。民法 239 条 2 項との関係上、仮に不動産（土地）の所有権放棄がその効力を認められ、無主の不動産となった場合、それは国庫に帰属するということになる。つまり、結果として、無主の不動産は存在しないと考えられるのである。そうした場合、民法 239 条 2 項により、所有者による不動産所有権の放棄から国庫への帰属という権利帰属の過程を如何に説明するかということが問題になるとも考えられる。というのも、前述したとおり、所有権放棄の意思表示は、一般的に「相手方のない単独行為」と解されているが、そのことに全く問題はないのか（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）、問題がないとして何故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からである。この点については、それを説明する解釈も示されているが⁽⁵⁰⁾、あまり明示的に議論されているようには見受けられず、今後の課題であるともいえよう。

2 土地所有権の放棄とその制限

土地所有権の放棄が可能であるとしても、それが制限されるかどうかは、また別の問題である⁽⁵¹⁾。

この問題については、前述のように、学説を中心に、所有権の放棄が、①

(50) 明示的に述べるものとしては、例えば、石田穰『物権法』（信山社・2008 年）がある（同書 296 頁では、「…所有権は放棄者から国庫に移転するのではなく、放棄者の所有権は消滅し、国庫が無主物の所有権を原始取得すると解される」と述べられている）。また、田處・前注 (2) 88 頁の注 51) も参照。

公序良俗に反する場合、②他人（の権利・利益）を害する場合、及び③権利の濫用になる場合に制限されると解されている。

ここで、まず、具体的事例において、結論として、所有権の放棄が前記①～③に該当する事情の存するときに、それが制限され、所有権の放棄が許されないとされることに、おそらく異論はないであろう。むしろ、問題であるのは、具体的にいかなる事情があれば、当該放棄がそれら①～③に該当することになるのかということ、つまり①～③の判断に際して考慮される事情（要素）は何かということである⁽⁵²⁾。

ここで、例えば、①の公序良俗違反については、それはいわゆる社会的妥当性説によるのが従来の通説であるといわれてきた。また、近時の学説では、類型化の動きも見受けられる⁽⁵³⁾。また、③の権利濫用の判断基準についても、通説は、「客観的な事情の比較考量に加え、判例が初期に示した、権利行使者の加害意思ないし加害目的（主観的態様）を加味して総合的に判断する必要がある」と解しているともいわれている⁽⁵⁴⁾。

このような議論状況に照らしてみると、多くの体系書類では、具体例を示しつつも、所有権の放棄が制限されるとの結論のみが示されているように思われる。今後は、そのような具体的事例が、前述の解釈論に照らして考えた場合に、どのような判断枠組みの下、公序良俗に反し、権利の濫用と評価されるのかということも可能であれば検討してみる必要があると考える。

(51) なお、前項1で述べたように、具体的にどのような第三者を想定しているのかは必ずしも明らかでないが、わが国の一般的理解によると、民法177条との関係上で、放棄は、その旨の登記がなされなければ、当該第三者に対し対抗し得ないと解されており、その点で、その効力を制限されることがあることをここで改めて確認しておきたい。

(52) 同様の問いについては、田處・前注(2)87頁以下参照。

(53) このことについては、例えば、大村敦志『民法読解総則編』（有斐閣・2009年）257頁以下、山本敬三『民法講義I総則〔第3版〕』（有斐閣・2011年）265頁以下等参照。

(54) これについては、例えば、近江幸治『民法講義I民法総則〔第6版補訂〕』（成文堂・2012年）24 - 25頁等参照。

その一方で、前記①～③の相互関係も、現状では、いまひとつ明らかではない。③の権利濫用の禁止は、民法全体に対する基本原則であり、①の公序良俗違反は、規定の位置づけとしては法律行為一般の規定である。放棄も所有権という財産権の行使の一態様という意味では、当然その濫用は許されず(③に服する)、また、その行使の方法として、放棄の意思表示という単独行為が必要というのであれば、それは、公序良俗に反してはならないということになる。したがって、①と③については、権利行使の中に、放棄(の意思表示)を入れ込んで把握するということが考えられるかもしれない⁽⁵⁵⁾。

また、②の他人(の権利・利益)を害しないということについては、①及び③との関係で、如何に位置づければいいのかということも考える必要があろう。そもそも、結論として、放棄が他人の権利・利益を害するような場合に、それが許されるべきでないということに異論があるわけではない。ただ、論者によっては、前記①から③を併記するものがあることから、それらの相互関係が気になるところである。②は、場合によっては、①③の判断に際し、考慮要素として考慮されるものかもしれない。そのことを明らかにするためにも、前述の通り、①及び③の判断枠組みについて、検討する必要があると考える次第である。

3 放棄の制限と土地所有権の現代的意義

以上、本稿では、土地所有権の放棄とその制限という問題について、近時の具体的裁判例を1つのきっかけとして、これまでの解釈論を確認しつつ若干の検討を試みてきた。そこで、本稿の目的である土地所有権の現代的意義についても、放棄とその制限という視角から、最後に検討しておくことにする。

(55) なお、信義則・権利濫用と公序良俗の関係については、ここでは、ひとまず、大村・前掲書(前注(53))273頁等も参照のこと。

まず、本稿の冒頭で述べたように、一般に、土地といっても、それには多種多様なものが存在する。ここで、前掲・田處論文でも指摘されているとおり、通常、財産的価値の高い土地については、その所有権の放棄が問題となることは、現実的に、まず生じることはないであろう。その一方で、これもすでに指摘されているように「過疎化の進む地方や都市圏の郊外」となると事情が異なり、その放棄という問題が発生する可能性は高くなると考えられる⁽⁵⁶⁾。本稿で取り上げた事案の土地も、地方の山林という土地であり、裁判所の認定からも分かるとおり、その財産的価値は管理等の費用を考慮するとまったくもって高くない。すでに述べたようなわが国の国土の状況を考慮して考えると、やはり、その所有者による放棄が問題となる可能性のある土地は潜在的にはあるが、かなりの数に昇るとの推測が許されるものと考ええる。

ここで、前掲・広島高裁松江支部判決及びこれまでの解釈論の方向性を踏まえて考えると、一般論としては、土地所有権の放棄は許されるとしても、地方にある山林のように、その財産的価値が乏しく、管理等に手間・暇・費用のかかる土地については、その放棄の効力が認められた場合、無主の土地となり、当該土地が国庫に帰属することになる現状においては、そう簡単に放棄の効力が認められるとは考えにくい。

他方で、所有者がその放棄を考えるような土地について、譲渡等による所有権の移転（それに伴う、従来所有者の所有権の喪失）が現実的に行われるかということ考えた場合、それも非常に困難であるということが推測される。とりわけ、前掲・広島高裁松江支部判決のような土地については、裁判所が明示的に述べてしまっているように、所有者による土地所有権の放棄は、国への負担・責任の押しつけ（転嫁）と評価される側面があり、そのような土地をわざわざ買い受けるような者が現れることは、現実的にはなかなか考えにくい。

(56) 以上につき、田處・前注(2) 81頁も参照のこと。

以上のことを考え合わせると、結局のところ、前掲・広島高裁松江支部判決のように、当該案件において、所有者による土地所有権の放棄が権利濫用等によって制限される（許されない）とすることは、法的紛争の結論の点で妥当なものであらうと考えられるが、それが現実的な問題との関係で何を意味するのかということも十分に考えておく必要がある⁽⁵⁷⁾。つまり、当該案件で、放棄が法的紛争の結論としてその効力を認められない場合、裁判所は、ある意味で、国でさえ回避したい管理等の負担・責任を、従前の土地所有者がこれまで通り負うべきだとの判断を示していることになる。ここで、考えざるを得ないのが、それでは、何故、従前の所有者は、わざわざ放棄の意思表示をしたのかということである。その是非は置いておくとして、所有者としては、将来的にそのような負担・責任を負いたくないが故に、（前掲・広島高裁松江支部判決の事案では）わざわざ訴訟を提起してまで、放棄の意思表示をしているのである。それに対して、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・管理するのであらうか⁽⁵⁸⁾。また、法律上、土地の所有者は、そのような維持・管理等の負担・責任を負うこともあるとする場合、土地を所有することの意味は、土地を使用・収益等するといった利益の享受という面だけでなく、そう

(57) この点については、田處・前注(2) 87 頁以下でも田處教授の私見が示されており、共感する部分が多々あるので、是非、参照願いたい。

(58) 事実上の問題として、財産的価値に乏しく、手間・暇・費用のかかるような土地については、所有者は、事件・事故等の起こらない限り、それを放置するということも十分に予想される。そうした場合、そのような状態（期間）が長ければ長いほど、また、それに相続といった事情も付け加わってくると、所有者不明地を生じるおそれがそれだけ一層増すことも考えられる。本年になって新聞報道等もされているところであるが、政府としては、所有者不明の土地を解消するための方策を検討しているとのことである。これらのことを考慮して考えると、民法上土地所有権の放棄を制限するとの結論は、事実上、維持・管理のされていない土地の増加に歯止めをかけず、さらには所有者不明地を増加させる可能性を有するということにも、十分に配慮しておく必要があるように思われる（このことに関連して、田處・前注(2) 87 頁以下も参照のこと）。

いった負担・責任の面をも十分に考慮して考える必要がある。本来そういったことは、当然の前提とされていることかもしれないが、他の論考⁽⁵⁹⁾でも指摘したとおり、改めて、わが国において、「土地の所有者になる」ということを選択に際し、「高額な金銭を出してまで何を買おうとするのか」「特に、土地によっては、一度取得してしまうと、その土地からそうそう簡単には解放されないかもしれない」といったことを考慮しつつ、利益享受だけでなく、負担・責任という両面から、「わが国で土地を所有することの意味」を検討する必要があるものとする。

以上本稿では、近時の下級審裁判例を参考として、土地所有権の放棄という側面から、現在のわが国で土地を所有することの意味を断片的にはあるが考えてみることにした。残された課題だけでなく、その他にも論ずべき課題が多々あるものと思われるが、わが国の土地の多様性等も考慮すると、本稿のみでは到底論じ尽くせるものではなく、それらについては、今後の研究に委ねることとして、本稿を閉じることをお許し願いたい。

(59) 前注(1)で挙げた拙稿・広島法科大学院論集12号345頁以下(特に352頁以下)参照。