

ダニエル スリヴィイオク・ボーン

「私的所有権からの逃亡——土地所有権放棄を例にして——」

(NJW 2014, 1047-1052)

田 處 博 之 (訳)

〔訳者はしがき〕

本稿は、ドイツを代表する法律雑誌 *Neue Juristische Wochenschrift* に一昨年掲載された標記の論説を邦訳するものである。^①

不動産について所有権放棄が可能かどうかは、わが民法に規定がなく、^③そうしたなかで裁判例や学説が不動産所有権の放棄の可否（やその周辺問題）についてどのような態度で臨んでいるか、わが国の法状況について訳者はすでに概観したことがある。^⑤わが国で不動産所有権の放棄が可能かどうか、なおはっきりしない部分はあるが、一般論としておよそ不動産所有権の放棄は許されない、とみることには無理があるようであった。そうすると、不動産所有権の

放棄は、許されるのが基本として、それはどのような要件のもとで許されるのか（逆に、どのような状況では不動産所有権の放棄は許されないのか）、また、実際にどのような手続により不動産所有権を放棄できるのか、の問題となつてくる。

これに対して、ドイツでは——わが国におけると異なり——、民法（*Bürgerliches Gesetzbuch*、以下、B G Bと表記する。）に所有権放棄について明文規定が置かれていて、所有権放棄が（土地である⁶と動産であることを問わず）可能であることが条文上明らかであり、また、そのための手続も明記されている。すなわち、B G Bは、所有権の章の第二節「不動産所有権の取得および喪失」のなかで、以下のとおり規定する。⁷

九二八条 所有権放棄、国庫の先占

1 土地の所有権は、所有者が放棄の意思を土地登記所に対して表示し、これが土地登記簿に登記されることによつて、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、その土地の存在するラントの国庫に帰属する。国庫は、所有者として土地登記簿に登記することで、所有権を取得する。

こうした法制のもとでのドイツの法状況についても、訳者はすでに概観したことがあり、⁸彼地では実際にも土地所有権の放棄が広範に認められていた。そうしたなか、今回邦訳するこの論説は、以下に紹介するように、土地所有権放棄が広範に認められている現状、また、所有権放棄された土地について所有者のない状態が長期にわたり継続することがある現状を問題視して、土地所有権放棄権（とでもいうべき所有者の権限）を制限すべきこと等々を、解釈論

として、また（解釈論によっては難しい部分では）立法論として主張する。

BGB九二八条の法制そのものに疑問を呈するものともいえるこうした主張は、訳者のみるかぎり、彼地において稀有であるが、わが国において不動産所有権放棄に対する規整の今後のあり様を考えるに際し、一つの参考になるかと考え、ここに邦訳する次第である。

著者を紹介しよう。ダニエル スリヴィオク・ボーン (Daniel Sliwiock-Born) 氏は、一九七八年ハンブルク生まれで、現在、ハノーファー大学でペーター サルイエ (Peter Salje) 教授のもと民法・経済法講座の研究協力員 (wissenschaftlicher Mitarbeiter) を務めている。一〇一三年に「再生可能エネルギー法による賦課金ではなく、競争を……再生可能エネルギーによる電力の販売共同体を促進することで電力需要者の負担を軽減する一提案」で博士号を取得し、大学での研究教育業務のかたわら、経済法・エネルギー法を専門分野とする弁護士としても活躍中である。スリヴィオク・ボーン氏は、本邦訳の公刊をご快諾くださっただけでなく、訳出に際し、ドイツ語能力、また、ドイツ法についての知識の不十分さから多岐にわたり問い合わせを繰り返した訳者に対し、その都度、丁寧な返信を寄せてくださった。ここに記して感謝申し上げたい。

ダニエル スリヴィオク・ボーン 「私的所有権からの逃亡——土地所有権放棄を例にして——」

土地所有権放棄についてのBGB九二八条の規整は、一〇一〇年以上にわたり、形をほとんど変えることなく効力を有し続けてきたが、その実務上の意義はこれまで乏しかった。ところが、経済的に展望を持てなくなった土地の所有者が、これ以上経済的な負担を負いたくないと、所有権放棄を選択する例が増えている、との報告が、近時、ドイツ

連邦共和国の構造的に弱い地域から多く寄せられるようになってきている。このことにより、関係する地方自治団体、また隣人や第三者が、重大な問題に直面する。地方自治団体は、租税や公課の収入の減少（場合によっては激減）に処しなければならぬし、それだけでなく、無主となった土地の安全確保措置を自己の費用でとらなければならぬ。隣人や第三者は、旧所有者に対しての責任追及が、場合によってはもはやできなくなるといふ問題に直面する。こうした問題状況に対し、判例や学説はこれまで、説得的な解決を展開してこなかった。こうした背景のもとでは、B G 九二八条の規整の改定が必要なように思われる。

(I) 通説による所有権放棄行為とその結果

土地所有者は、無方式での放棄表示と、これに対応する登記申請を土地登記所に対してすることとで、土地所有権放棄を生ぜしめることができる。登記されることで、所有者は土地所有権を失う。土地と、B G B 九三条、九四条の意味での土地の本質的および非本質的構成部分のすべて（土地の従物を除く）は、無主となる。所有者はさらに、土地について存在する物的な権利（とくに、所有権に基づく占有権）を失う。また、所有者は、所有物から生じる物的な義務から解放される。もちろん、土地についての第三者の権利（とくにたとえば地役権や不動産担保権、仮登記などの制限物権）は、原則として存続する。また、旧所有者の人的な義務（たとえば所有権譲渡請求権、制限物権の設定請求権、抵当権によって担保された債権から生じる義務）も、通説によれば、所有権放棄によって影響を受けない。ゲマインデ（市町村）に対する支払義務や費用負担義務が、所有者としての地位に結び付いて存する場合は、所有者は、所有権放棄の時点以降、これらの義務から解放される。通説によれば、所有者が土地由来の危険についてラン

トの一般的な警察・秩序法に基づき行為妨害者ないし状態妨害者として負う責任や、自然保護法、土壤法、記念物保護法の特別法上の規整による所有者の責任も同様に、所有権放棄とともに原則として終了する。行為妨害者責任ないし状態妨害者責任がすでに成立している場合、および、特別法上の規整が旧所有者の明示的な事後責任を規定している場合のみ、事後責任が考慮され得る。もつとも、そのような持続的状态責任は、無制限には妥当しない。第一に、旧所有者の妨害者責任を認めることができるのは、その責任が所有権放棄前にすでに成立している場合だけである。第二に、連邦憲法裁判所の見解によれば、侵害規範 (Eingriffsnorm) を適用するときは、基本法一四条一項一文の所有権保障と過度の禁止 (Übermaßverbot)¹¹⁾ とを考慮しなければならない。とりわけ、特別な過酷事例では、当該土地の取引価値が、旧所有者に対して請求を行う上限となることがある。旧所有者の事後責任をいうことができないう場合は、警察および秩序官庁は旧所有者に、(とくに危険予防の) 措置を義務づけたり、代執行により措置を行いこれにかかった費用を旧所有者に請求することは、できない。警察および秩序官庁は、それにもかかわらず危険予防義務を果たさなければならぬときは、危険が切迫しているのであれば、直接執行によつてのみ、自己の費用でしかるべき安全確保措置をとることができる。

隣人や第三者に対する責任については、同時に占有放棄もされるのであれば、所有権放棄により、旧所有者の安全確保ないし維持義務は終了する。しかし、BGB八二三条一項、八三六条、八三八条による不法行為責任は必ずしも終了しない。旧所有者に安全確保ないし維持の責任があった期間の義務違反が損害原因であるときは、不法行為責任は存続する。もつとも、BGB八三六条二項により、旧所有者の責任は、占有放棄後一年以内に生じた損害に限定される。以上に対して、旧所有者のBGB九〇六条以下による相隣法上の共働義務や忍容義務、責任は、所有権放棄により終了する。しかし、通説によれば、BGB一〇〇四条ないしこれを援用する規定に基づく行為妨害・状態妨害に

よる民法上の責任は、所有権放棄後も存続する。もちろん、そのためには、行政法上の妨害者責任におけると同様、所有権や占有の侵害が所有権放棄より前にすでに生じていたことが必要である。また、隣人やその他の関係者は、土地に関して存在する物的権利の権利者として、Z P O 五八条一項、七八七条一項により訴訟裁判所ないし執行裁判所に対し代理人の選任を申請し、物的権利を訴えの方法によって行使することができる。¹²これと並んで、物的請求を暫定的に規整するために、Z P O 九三八条、八四八条により保管人が選任されることもある。しかし、その他の民法上の責任については、代理人ないし保管人を選任してもらうことはできない。

ゲマインデ（市町村）や、隣人、またその他の第三者が土地を先占する可能性は、直接的には存しない。B G B 九二八条二項一文により、ラントの国庫だけが先占権を有し、ラントの国庫はB G B 九二八条二項二文により、土地登記簿に所有者と登記されることで所有権を取得することができる。先占権限を有するのは、B G B 九二八条二項により、まず、土地の存するラントの国庫だけである。国庫は、土地に対する所有権を、土地登記所に対する申請と先占表示、そして登記によって取得することができる。連邦通常裁判所の見解によれば、国庫の先占権には時的制限はなく、また、国庫は先占権を放棄することができる。国庫が先占権を放棄した後は、連邦通常裁判所の見解によれば、先占権は誰にでもあり、そこでは、所有権取得には、土地登記所に対する相応の表示と登記だけが必要であり、占有取得やB G B 九二七条による手続は¹³要らない。それゆえ、場合によっては、関係者が国庫に対し先占権の譲渡や放棄を求めることがある。

(Ⅱ) 批判と、解決に向けての現行法上のアプローチ（私見）

所有権放棄権に実体法上ほとんど制限がない（通説）ことは、国庫の先占権に期限がないこととあいまって、関係するゲマインデ（市町村）、隣人、第三者にとって満足できない結果を生ぜしめている。土地にかかわる負担がこのように公共に一方的に転嫁されてしまうことに対抗するため、解決に向けての新たなアプローチを三つ、以下に詳述しよう。

(1) 所有権放棄権の制限

まず最初に、B G B 九二八条一項を規定目的に照らして縮小解釈することが考えられよう。この可能性は、従来あまり顧みられていないが、B G B の理由書によれば、立法者のもともとの意図は、「戦争や自然現象で土地が荒廃し価値を下げて、誰も取得の意向を示さない」という事案状況から所有者を保護することにあつたというのであるから、考慮に入れられよう。

こうした背景のもとでは、同条の目的としては、土地の価値低下が経済的にみて、その作用が重大であるだけでなく根元的であつて、かつ、戦争や騒乱、自然災害など、外因的で突発的でかくして所有者には予見不可能ないし予見困難な影響に帰因する事例だけを規整することにあるのだ、とみるのが考えられよう。

a) 解釈上の考察 規定目的からは、右の考察以上にいえることはない。言葉上、適用が「戦争または自然現象」とどまるのは、考えもなしに選ばれた一事例なのか、予期なしに生じる特別な苛酷事例に制限しようという立法者

意思の現れなのか、わからないままである。「苛酷」という概念は、BGB九二八条一項についての立法資料のなかで、土地の収益によって負担をカバーすることができないと記述されるのに用いられている。このことが、所有者にとって経済的に不利な状況の発生をいつているだけなのか、それとも、自然現象と結び付いたそのような状況をいうのかは、確かめようがない。それでも、規定目的をみる立場からは、このことは、所有権放棄は無条件に可能なのではなく、土地が——いかなる理由によるものであれ——負担をカバーする収益をもたらさない（またはもたらし得ない）場合にだけ可能である、とみる拠り所になるだろう。

しかし、法制史的にみるときは、また違った方向が見えてくる。この規整は、すでに第一草案に八七二条としてあって、現行BGB九二八条のかたちとなって以降は、趣旨をより明確にする修正しか受けていない。また、所有権放棄権は、その起源がすでにローマ法に、そして、早期のドイツ諸法にも、ある。ローマ法は、ゲルマン諸法や（今日までの）ドイツ諸法と異なり、動産と不動産とで所有権放棄を区別していなかった。しかし、すでにローマ法において、実体法上無制限の土地所有権放棄が承認され、許されていた。すでに中世において、また、少なくとも近世においては、所有権放棄は、実体法上無制限に可能であったとの指摘もある。——とくにローマ法についての——法史的分析では、第一次的には戦争や戦争による経済的影響が、土地所有権を放棄する例として挙げられ、国庫に先占権を認めること（無主性の継続、旧所有者による再先占の可能性）とした理由としていわれる。そこでは、この種の現象が、限定された事由としてではなく、（第一位の）適用事例として用いられているように思われる。そうすると、BGB九二八条の（もともと）立法理由に挙げられる「自然現象」は、単に可能的な適用事例として挙げられていて、規定の適用領域を実体的に制限することが企図されているのではないとの、少なくとも方向性がみられよう。

規定の文言を狭くみることにについて、体系的視点からは問題ない。本規定はBGB八七五条一項¹⁴の特別法として制

定されたといわれることがあるが、そのかぎりでは、権利を廃止する形式であるに過ぎない。B G B 九〇三条一文に規定された所有者の（原則的な）処分自由——B G B 九二八条一項はその派生と、一部で理解されている——も、規定の文言を狭くみることの妨げにはならない。なぜなら、民法上の所有権も憲法上の所有権も、無制約に妥当するものではなく、それゆえ、（縮小解釈のもとでの）B G B 九二八条一項に、B G B 九〇三条一文の処分自由原則の制限をもみてとることができるだろう。——通説により主張されるような——実体法上無制限な所有権放棄権限を認めず、B G B 九二八条一項規定には、所有者の所有権放棄権につき、注意規定としての効力と法技術的な細目を定める意味しかないことになってしまふ、ということも、そうした制限を物語る。そのように純粹に法技術的なことを規定することは、立法資料によれば、明らかに立法者の関心事ではなかった。なぜなら、委員会自身、所有権放棄権を、原則的に制約のない所有権の強行的で制限不可能な構成要素とみてはいなかったからである。つまり、第一草案八七二条を置き換えなしに削除するかどうかの議論において、「少なくとも、土地所有者に所有権放棄を可能にするのが衡平な事例は、考えられる」といわれていたのである。

かくして、本規定を、規定目的に照らしてだけ、また、体系的にだけ考察するときには、制限解釈は禁ぜられないし、むしろ制限解釈すべき拠り所さえ得られる。もつとも、所有権放棄権の起源や、所有権放棄権が、すでにローマ法でまた早期のドイツ諸法では、実体法上、無制約であることが確立されていたことを考慮すると、歴史的立法者がこうした法的伝統から離れて、内心、所有権放棄権の制限を考えていたと推論することはできないだろう。このようにみるときは、むしろ、立法理由に挙げられた事例は、本規定の適用領域を制限するものではなく、一事例に過ぎないと思われるべきだろう。

b) **規定目的から離れて、本規定を調整すること** 連邦憲法裁判所の見解によれば、

「従来、一義的で完全であつた規整も、現実や法の変遷により、不備があるものとなり、補充を要し同時に補充適性を有するものとなる。なぜなら、規整は、社会状況や社会政策上の見解の周縁部にあり、それらの変容にともない規整内容も変化し得るからである。それゆえ、そのような変容によつて規整に不備が生じるのに応じて、裁判所は、事情の変化のもとで、なが基本法二〇条三項¹⁵の意味での「法」であるのかを検討する権限を有し、また、義務を負つている。」

土地の価値が経済的に重要でなくなり、土地からの逃散にいたることは、以前には存在しなかつた近年の現象とみることができよう。しかし、まさしくこのことが本規定の適用領域における「不備」なのかどうかは、疑問である。なぜなら、歴史的立法者が——それ以前の諸法も同様なのだが——非常に重篤な事態である（戦争、持続的な荒廢）ことを前提にしながらも、本規定によつて生じる法的効果（実体法上無制限な所有権放棄可能性）や、そのことによる作用（地域において所有権放棄が幾度も発生し、公共にとつては収入減や付加的負担が生じる）を認容し、そのかぎりでは、個人の利益を公益よりも上位に置いたことを無視することはできないからである。かつての利益状況との唯一重要な相違は、現在の現象は緩慢な展開であつて、土地所有者には対応の十分な時間がある、ということに見出すことができるかもしれない。ここに、新たに生じた、調整の必要なBGB九二八条一項の一適用領域をいうことができるかもしれない。なぜなら、（推測されるだけではない）実際の経済的な価値低下の、幾年ないし幾十年以上にわたる進行を無視した土地所有者には、ある種の自己過失をいわざるを得ないだろうからである。自分の土地のすでに長期にわたる価値低下を甘受し対応を取らないとか、それどころか、わかっているながら更なる価値低下のリスクを伴う土地の取得を決定した者には、土地関連の負担を公共に転嫁できるといふ利益の享受は許されないだろう。こうした理由づけは、根拠的に、行政法上の状態妨害者責任を維持する連邦憲法裁判所判例とも符合する。それゆえ、この種

の事例では、BGB九二八条一項の適用領域を制限することが考えられる。もともと、許される所有権放棄と許されない所有権放棄との間に境界線を引くことは容易でないだろうし、少なくとも、すでに幾年以上も不経済な状態が続いていることを認定できるというのでないと、こうした制限を正当化することはできないだろう。

(2) 状態妨害者責任の拡張

解決に向けてのもう一つのアプローチとして考慮されるであろうのは、旧所有者の民法上・行政法上の状態責任を拡張することである。かつて、衡平を考慮してとか、行為妨害の定義を拡張してとか、作用可能性を仮定したりして、旧所有者の状態妨害者責任を維持しようと試みられた（本稿はこれに与しない）。本稿は、これらのアプローチに立ち入って検討することはできない。

a) **所有権放棄の良俗違反性・法律違反と脱法行為** 行政法の一部の文献では、責任を無に帰せしめるからという観点のもと、所有権放棄が無効であることを、BGB一三四条により直接認めることが提案される。状態妨害者の責任がある間にされた所有権放棄は、一三八条の意味で直接、良俗違反であって、無効とみるべきことも議論される。こうした方向の理由づけは、民法のコンメンタールではこれまで顧みられてこなかった。脱法行為の観点から、旧所有者の民法上の状態妨害者責任や、所有権放棄が無効であることを導こうとする民法レベルでのアプローチは、こうした方向に一定程度、近似するが、こうしたアプローチは、これまであまり詳述されていないので、より丁寧な分析が必要である。

b) **BGB一三四条の適用可能性** 同条は、所有者が土地登記所に対してする放棄の意思表示のような単独行為にも、原則的に適用がある。もともと、BGB九二八条一項による所有権放棄に、BGB一三四条の意味での法律上の

禁止が適用できるのか、また、どの法律上の禁止が適用できるのかは問題である。

脱法行為の観点のもとでまず第一に検討されなければならないのは、当該法律行為が禁止規範によって——場合によっては拡張解釈や類推を通じてでも——把握されているかどうかである。第二には、そのあと、当該禁止規範が明示的な脱法禁止をも含んでいるかどうかを確認しなければならない。この二つの検討ポイントの一つあるいは両方が否定されるときは、今日の多数説によれば、独自の法制度としての一般的な脱法禁止が代替として考慮されてくることもない。警察・秩序法上の侵害規範（Eingriffsnormen）は——民法の責任規整もそうだが——、放置された土地や、場合によってそこに建てられた建物、また、土地への負荷に由来して危険が生じることを原則的に非とする。しかし、こうした規範は、明示的にも黙示的にも、所有権の変更を禁止していないし、こうした規範の意義や目的は、所有権の変更を妨げる趣旨のものでもない。また、明示的な脱法禁止も、規定目的から導かれる脱法禁止も、その抛り所は存しない。以上のことは、所有権放棄にも妥当する。このようにみてくると、BGB一三四条は、責任をすでにもなっている土地についての所有権放棄にも、適用されるべきではない。

考察を続けても、BGB一三四条の適用可能性を肯定するにはいたらない。すなわち、BGB一三四条が直接、あるいは脱法行為であるとして、BGB九二八条一項の事例に適用可能としても、いずれにしても、まだ責任を生ぜしめていない土地については、所有権放棄は可能といわざるを得ない。なぜなら、原則的にはつねに危険発生が見込まれる以上、危険発生の可能性があるに過ぎない場合に所有権放棄を排除してしまうことは、BGB九二八条一項の適用領域の空洞化を招くであろうからである。それゆえ、こうしたアプローチは、理解困難でしかない評価矛盾を招くであろう。たとえば、所有権放棄の時点で所有物に責任がともなっていなかったのであれば、その直後に責任にかかわる事情が発生しても、旧所有者に対し警察・秩序法上請求することはできないことになるのに対し、所有権放棄の

時点で責任を基礎づける事実（例、土地前の歩道上の結水）が存在したのであれば、のちにこれが（場合によってはひとりで）存在しなくなったとしても、所有者は、所有権放棄を禁ぜられ、行政法上また民法上の責任構成要件事実が存続することになってしまう。

c) **BGB一三八条の適用可能性** BGB一三八条一項にいう良俗に反する法律行為、とくに同条二項に挙げられる事例に該当する法律行為は、無効である。責任回避の所有権放棄については、原則的に、二つの適用領域が考えられる。一つは、脱法を理由とする良俗違反であり、もう一つは、公共の福祉への負荷を理由とする良俗違反である。前者の良俗違反（これはとくに判例によっていわれるが、一部の学説はこれを否定する。）は、法律が共同体の生活上重要な事項を個人による利己的な攻撃から守るものとされる場合や、保護を内容とする社会規範がかいくぐられる場合に、脱法行為の良俗違反を認定するものである。もつとも、これによって土地所有権放棄の良俗違反性を認めることは、ほとんどできない。なぜなら、土地から生じうべき、あるいは、すでに存在している危険がこの種の基準値に達することはほとんどないであろうからである。これに対して、一部の学説によれば、責任が公共に転嫁される場合にも、所有権放棄の良俗違反性をいうことができる。公共に損害を及ぼす法律行為は、それだけで良俗違反と性格づけることはできず、そうした認定には、公共への負荷に加えて、更なる事情が付け加わらなければならない、という原則がある。法律行為の唯一の目的が公共にコストを負担させることであるならば、こうした良俗違反的な加害を認定することができる。このことが妥当するのは、その行為が具体的な命令や禁止、また責任制度における評価に反する場合など、非常に狭い範囲に限られる。そうした状況をいうことができるのは、例外的な事例に限られるであろう。したがって、良俗違反の観点のもとでも、BGB九二八条一項による所有権放棄権を大きく制限することは、ほとんどできないだろう。

(3) 国庫の先占権の制限

関係者がまったく不十分な法的地位に置かれていることの原因は、所有権放棄権が、これまでの通説によれば実体法上無制限であることや、旧所有者が妨害者や不法行為の行為者としての責任を、所有者でなくなっても負うのが限定的であることにあるが、さらには、BGB九二八条二項の規定する国庫の先占権の具体的なありようにも、その原因をみる事ができる。なぜなら、このありようによれば、国庫は、先占権を行使しないことで、時間的に無制限に無主の状態を続けさせることが可能だからである。このことにより、土地は、あたかも「ブロック」されて、土地に由来するコストや責任は、——土地自体に対する物的請求権があれば別だがそうでないかぎり——ゲマインデ（市町村）や隣人、第三者に負わされる。一部の学説によれば、BGB九二七条類推により無主の土地の時効取得が可能とされるが、これはそうしたことに對する一つの抑制となろう。しかし、この時効取得は、実際に適用できる領域が狭いので、理論上のものとどまろう。こうした背景のもとでは、現行法上、時効消滅や失権を理由として、あるいは、規定目的に照らしての縮小解釈により、国庫の先占権に時間的制限がすでにあるのではないか、あるいは、時間的制限を付していくべきではないかが問われてくる。

a) 時効消滅および失権 BGB九二八条二項の先占権は、BGB九二七条の先占権と同様、その法的性格は、原始取得を生ぜしめる、独自の性質を有する物的権利であり、登記はできないが、BGB九二五条¹⁸⁾の定める要件のもとで譲渡できる（それには登記を要しない）。しかし、先占権がBGB一九四条以下により時効消滅することは考えられない。なぜなら、時効消滅は、BGB一九四条一項により請求権であることを前提とし、形成権や絶対権それ自体は請求権ではなく、消滅時効には服さないからである——この種の権利も、そこから生じる請求権であれば時効消滅が考えられたろうが——¹⁹⁾。また、失権も、物的権利においては、ない。たしかに、すべての権利が（かくして形成権

も)、原則として、失権の対象たり得るが、このことがいえるのは、他人に対して行使できる権利についてだけである。⁽²⁰⁾ BGB九二八条二項の先占権はこれにあたらないので、その失権も考えられない。

b) BGB九二八条二項を規定目的に照らして縮小解釈すること 最後に、BGB九二八条二項を規定目的に照らして縮小解釈する可能性をなお検討すべきである。つまり、同項の文言は、立法者の意思よりも行き過ぎていないかどうか、もしそうならば文言を狭く解釈することが正当化されないかどうか、事実状態の変化や法の発展により、同項は不備があるものとなり、補充を要し補充適性を有する状態が生じていないかを問うべきである。

aa) 目的 当初の立法者は、無主地の先占について、とくに、誰を先占権限者とするか、法技術的に先占をどのようなかたちのものとするか、無主の間にどう権利行使するのかの問題に取り組んだ。しかし、こうした検討からは、センセーショナルな不備も明らかとなる。第一草案の八七二条二項の立法資料によれば、ライヒで統一された私法を編纂しようという作業に、ラント法上の、また公法上のバラバラな個別の規整を考慮に入れるという負担を課さないため、ドイツ法上传承されてきたラントの(公法上の)先占法に介入することを避け、代わりに、先占権限者を規定することをラントの立法者に委ねるものとされた。法技術的に、(たとえばフランス民法五三九条⁽²¹⁾)のように法律上当然に所有権が帰属するというのではなく、先占権というかたちがとられたのは、当然帰属だと、

「土地がその価値を超える負担を伴い、そうでなくとも取得が不利益をとまなうときは、必然的に、取得者にとつての苛酷を招く」

という考えからであった。

かくして、先占権限者である国庫に財産的不利益が押し付けられないようにする趣旨であった。こうした背景のもとで、先占権に代えて、フランス民法五三九条のように、所有権が直接、国に法律上当然に移転すると規定しよう

という提案も、明示的にしりぞけられた。無主の状態の間に、土地に関する第三者の権利をどう行使するかの問題も、当時の立法者は視野に入れていた。こうした背景のもとに、立法資料では、（今日の）ZPO五八条により代理人を選任する可能性がいわれている。しかし、考え得る利害衝突状況が包括的に考察されたようにはみえない。委員会では、民法上の物的ではない他の請求権や、警察官庁や秩序官庁との関係で生じる危険防御義務について、こうした規整がどのような帰結を生ぜしめるか、明らかに論じられていないからである。そのため、ゲマインデ（市町村）は、結局、自分の費用で危険防御義務を果たさなければならなかったり、被害を受けた者が損害賠償を請求できず、BGB八三九条によりゲマインデ（市町村）の公務員の責任を問うしかなかったり（それも同条による損害賠償は十分でない²²）、ZPO五八条による管理人を通じて物的請求権を行使する場合に、ほとんどの場合、費用が自己負担となってしまう。これも、これらのことは、国庫が先占権を行使しないと、いつまでと限られることなく続いてしまう。こうしたことは、立法資料ではテーマにされていないし、長期にわたり無主であるという状態にどう向き合うのかという一般的な問いもテーマにされていない。こうしたことを、立法者は意識して認容していたのか、あるいは、見過ごしたのかは、わからない。かくして、規定目的だけからでは、BGB九二八条二項の構成要件事実を縮小解釈できる結節点は、見出されない。

bb) **規定目的から離れての、縮小解釈** BGB九二八条二項による規整は、国庫にだけ認められた先占権が時間的に制限もされず、しかも、所有権にかかわるゲマインデ（市町村）や隣人、第三者の請求権ないし義務についてまったく不十分にしか規整されていないことで、すでに当初から不完全なものであった。この不完全さは、ラント法上の規整——部分的には非常に様々なものであった——が存在していて、これには介入しないものとされたという事情に基づく。基本法施行前から存在していたラント法が効力を失い、また、基本法施行後に後継の規整が用意されなかつ

たことによつて「不備」が生じ、この「不備」は補充を要し補充適性を有する。しかし、この「不備」をどう補うことができるかは、なお問題である。一部で主張される、所有権放棄された土地へのBGB九二七条の類推適用は、満足のいく解決にはならない。一つには、同条により無主の状況を終了させることは、理論的なものとどまらう。なぜなら、この種のリスクをともなった土地経営に関心を持つ者は、非常にまれだろうからである。また、同条の取得時効期間が三〇年と長いことにかんがみても、既述の責任問題はほとんど解決されないだろう。それゆえ、解は、先占権の存続期間そのものを制限することに求めなければならない。ここでは、国庫が先占について決断することができる期限を幾年か（たとえば五年）に設定することが適切と思われる。フランス民法五三九条におけるように、法律上当然に国のものとする規整であれば、右にみてきた諸々の問題すべてに満足のいく解決が与えられるであろうが、しかし、そうした規整は、その帰結があまりにも広範に及ぶことにかんがみると、規定目的に照らしての縮小解釈が許される範囲を超えるであろう。

(Ⅲ) 要約と展望

所有権放棄でもつて、所有者は、土地所有権を失う。これまでの通説によれば、所有者は、土地関連の物的な義務から解放され、それにとどまらず、とりわけ、ゲマインデ（市町村）に対して費用を負担すべき義務や、将来的に第三者から責任を問われることから、広範に解放され得る。もつとも、所有権放棄前の所有者の行為によつてすでに不法行為法上の責任や、民法上・行政法上の妨害者責任が生じていた場合は、所有者は、通説によつても、引き続き責任を負うものとされ得る——責任範囲が比例原則や過度の禁止の観点のもとで一部、限定されるとしても——。こ

うした（制限された）責任の対岸では、公共に負担が転嫁される。すなわち、ゲマインデ（市町村）は、危険を予防する措置を独自に、それも自分の費用でとらねばならず、また、妨害ないし被害を受けた隣人や第三者が妨害除去ないし損害賠償を請求できる可能性は非常に制限されたものとなる。

これまでの通説から離れて、BGB九二八条の適用領域は、様々な観点のもと制限されるべきである。まず第一に、BGB九二八条一項の所有権放棄権は、以下のように、規定目的に照らして縮小解釈されるべきである。すなわち、比較的長期にわたり土地が経済的採算性を欠いていることが甘受されている事例では、所有権放棄権は排除される。また、公共に負担を転嫁することだけを目的として所有権が放棄され、そうしたことを行政法上・民法上の責任制度の一義的な評価が否定しているときは、BGB一三八条一項による法律行為の考察に基づき、所有権放棄は無効とみるべきであろう。さらには、BGB九二八条二項による国庫の先占権は、ラント法に抵触しないかぎり、数年間——五年が適切と解される——に期間制限されるべきである。

しかし、完全に満足のいく解決は、以上によつては得られない。一つには、以上によつても、無主である間は、関係者、とくにゲマインデ（市町村）に既述のような負担が残る。また、無主の状態も、自動的には終わらない。なぜなら、国庫の先占権に期間制限を設けても、私人が先占する可能性が生じるだけ、つまり、所有権移転の見込みが改善されるだけで、無主の状態が必ずや終了するわけではないからである。BGB九二八条を、これ以上に適切なものに改めることは、現行法上の方法でもつては不可能である。むしろ、連邦やラントの立法者には、規整を根本的に改革することが求められる。改革の目標は、無主の状態を原則的に回避することだけではない。なぜなら、結局のところ、無主の状態によつて宙ぶらりんの状態となり、宙ぶらりんの状態であるがために、経済的に合理的で長期的な土地管理が不可能となり、また、時として公共に高コストが負わされているからである。さらには、先占権限を

有する者と負担を負わされる者とは、ラント国庫とゲマインデ（市町村）や隣人、第三者というように分離していることで、問題解決に向けての圧力が経済的見地からかかってくることもあり得ない。それゆえ、土地についての所有権放棄権を苛酷事例の狭い範囲に制限し、そして、（たとえばゲマインデ（市町村）への）法定の所有権移転を規定する解決が望ましいであろう。しかし、立法論として BGB 九二八条をどう具体的に方向付けていくかの議論は、今後の課題としなければならない。

(注)

(1) Daniel Sliwioł-Born, Die Flucht aus dem Privateigentum am Beispiel der Grundstücksdereliction, NJW 2014, Heft 15, 1047-1052.

(2) なお、原文には六四の注が付されているが、いずれも裁判例や学説の指示にとどまるので、訳出を割愛した。

(3) このことを論じる意義につき、拙著「土地所有権の放棄は許されるか」札幌学院法学二九卷二号（平成二五年）一～二頁。

(4) なお、わが民法は、所有者のない不動産は国の所有に属するとする（二三九条二項）ので、不動産所有権の放棄が可能であるとする、所有権放棄されて無主となった不動産は国の所有となる。

(5) 拙稿・前掲（注（3））札幌学院法学二九卷二号一～二八頁。

(6) なお、BGBでは、土地のみが不動産とされ、建物や樹木など土地に付着するものは土地の本質的構成部分である（九四条一項）。

(7) 動産についても、BGBは、所有権の章の第三節「動産所有権の取得および喪失」第五款「先占」のなかで、以下のとおり規定する。

九五八条 無主の動産についての所有権取得

1 無主の動産を自主占有した者は、その所有権を取得する。

2 先占が法律上禁止される場合、または、占有取得によって他人の先占権が侵害される場合は、所有権は取得されない。

九五九条 所有権の放棄

動産は、所有者が所有権を放棄する意思でその占有を放棄したときは、無主となる。

(8) 拙著「ドイツ法における土地所有権放棄の制度について」札幌学院法学三〇巻二号(平成二六年)一〜四八頁。

(9) Wettbewerb statt EEG-Umlage?: ein Vorschlag zur Entlastung der Stromverbraucher durch Förderung von Verkaufsgemeinschaften für Strom aus erneuerbaren Energien.

(10) (訳者注) 危険を生ぜしめる行為を行った者であれば行為妨害者 (Verhaltensstörer) として行為責任を負うが、行為妨害者でなくても所有者であるというだけで、状態妨害者 (Zustandsstörer) として危険除去の義務を負わされることがあり、こうした責任を状態責任 (Zustandshaftung) という。山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』(平成五年、大学書林) 七五八頁によれば、状態責任とは「物の状態にもとづく責任。公安を危うくし、または妨げる状態が人の行為や故意・過失によって生ずるのではなく、物の状態、たとえば老朽して倒れかかっている家屋によって生ずる場合の責任。警察の取締りの対象となり、前例では家屋所有者は建物除去の責任を負う」と説明される。

(11) (訳者注) ドイツにおける「過度の禁止」、また「比例原則 (der Grundsatz der Verhältnismässigkeit)」については、さしあたり、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(平成二二年、法律文化社)を参照。

(12) (訳者注) ZPO (民事訴訟法 (Zivilprozessordnung)) 五八条一項は、「従来の所有者がBGB九二八条により放棄し、先占権限者によつていまだ取得されていない土地に対しての権利が、訴えにより主張されるべき場合においては、訴訟裁判所の裁判長は、申立てに基づき、新所有者が登記されるまで所有権から生ずる権利および義務を訴訟において保護する義務を負う代理人を選任しなければならない」と規定する。同法七八七条も、無主の土地に対する強制執行における代理人の選任を規定する。

(13) (訳者注) 同条は、以下のとおり規定する。

1 土地の所有者は、その土地が三〇年間、他人の自主占有にあるときは、公示催告手続により、その権利とともに排除されることができ。この占有期間は、動産の取得時効のための期間と同じ方法により計算する。所有者が土地登記簿に登記されている場合は、公示催告の手続は、所有者が死亡または失踪し、かつ、所有者の同意が必要な土地登記簿への登記が三〇年間されていないときにのみ、許される。

2 除権決定を得た者は、土地登記簿に所有者として登記することにより、所有権を取得する。

3 除権決定の言渡し前に、第三者が所有者としての登記、または、その所有権に基づき、土地登記簿の正しいことに対する異議登記をした場合は、除権決定は、この第三者に対して効力を生じない。

BGBでは、三〇年間他人の土地を自主占有し、その間権利者として登記されている者は、所有権を時効取得でき、これを登記簿取得時効といい、BGB九〇〇条に規定されるが、これによれば、三〇年間の自主占有のみでは所有権を時効取得できない(登記が要る)。そこで、三〇年間(登記なしでも)自主占有した者は、一定の要件のもとに公示催告手続により除権決定を得て所有者の権利を消滅させ、そうして無主となった土地を先占することができることとされ、このことを規定するのがBGB九二七条である。

(14) (訳者注) 同項は、「不動産に対する権利を消滅させるには、法律に別段の定めがないかぎり、権利を放棄するとの権利者の表示、および、土地登記簿における権利の抹消が必要である。この表示は、土地登記所、または、これによって利益を受ける者に対してしなければならない」と規定する。

(15) (訳者注) 同項は、「立法は、憲法的秩序に、執行権および裁判は、法律および法に拘束される」と規定する。

(16) (訳者注) 同条一項は、「法律上の禁止に反する法律行為は、その法律から別段のことが生じないかぎり、無効である」と規定する。

(17) (訳者注) 同条一項は、「善良の風俗に反する法律行為は、無効である」と規定する。

(18) (訳者注) 同条は、土地所有権譲渡の合意は、両当事者が同時に公証人等に出頭して表示しなければならないことなどを規定する。

(19) (訳者注) わが民法におけると異なり、BGBの消滅時効は、請求権のみを対象とし(一九四条一項)、物権は支配権であつて請求権ではないから消滅時効にかからない(物権から派生する請求権は消滅時効にかかる)。

(20) (訳者注) 失権(Erwirkung)は、信義誠実の原則に基づき判例・学説により認められた制度で、消滅時効を補充するものである。権利者が長期間、権利を行使せず、その結果、もはや権利は行使されないだろうと義務者が信頼し、信頼することが許される場合に、権利は失効する。

(21) (訳者注) 当時、同条は、「無主の財産、および、相続人なく死亡した者の財産または相続が放棄された財産は国有に属する」

と規定していた。現在のフランス民法は、無主の財産は、所在地のコミユヌ(市町村)に帰属するが、コミユヌが権利行使を放棄すれば、所有権は当然に国に移転するとする(七一三条、税源系コミユヌ間協力公施設法人への帰属もあり得るがここでは省略)。フランス民法における無主の不動産の扱いについては、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』(平成二六年、商事法務)六六八―六八七頁所収〔六八一―六八四頁〕を参照。

(22) (訳者注) 同条は、公務員が職務上の義務に違反した場合の公務員自身の責任を規定する。公権力の行使については基本法三四条により、その公務員を使用する国または団体が責任を負い、公務員が被害者に対して個人責任を負うことはないが、高権的でない領域では、BGB八三九条により公務員自身が責任を負う。公務員保護のため、同条では、職務上の義務違反が(故意でなく)過失による場合は、被害者は、他の方法で賠償を受けることができない場合にしか、公務員に対して賠償請求できず(同条一項二文)、また、被害者は、職務上の義務違反による損害の発生を防止すべく法律上の手段を行使することを故意または過失により怠ると、賠償請求できなくなる(同条三項)など、救済が制限されている。

(平成二八年七月五日脱稿)