

## 土地所有権の放棄は許されるか

田 處 博 之

### 一 はじめに

不動産の所有者は、その所有権を放棄することができるか。

動産であればその物を捨てれば所有権を放棄したといえるし、不動産でも建物であれば、取り壊してしまえば、目的物滅失により建物所有権は消滅するので、所有権放棄そのものではないにしても、所有権消滅という同様の効果を生ぜしめることができる。<sup>(3)</sup>問題は土地である。土地は物理的に捨てることはできないし、建物のように解体することもできない。

不動産といえば、通常は大きな財産的価値を有し、また、所有者にとって生活や営業の基盤として重要な意味をもつことが多いから、不動産を所有する者がその所有権を放棄しようなどという事態は考えにくいかもしれない。<sup>(1)</sup>

しかし、平成三年頃のいわゆるバブル崩壊以降、地価の下落傾向が定着し、都市圏ならいざしらず、過疎化の進む地方では、不要になった不動産を処分しようと売りに出しても、買手がつかないこともある。<sup>⑤</sup> 筆者の住む北海道でも、昨冬（平成二三年末〜平成二四年始め）は一部地域で例年になく大雪で、居住者のいない無人家屋が雪の重みで倒壊した例が相次いだ。家が空き家として放置される背景の一つとして、親が遺した土地家屋を他所で暮らす子ども達は使うあてがなく、かといって処分しようにも売れなくてそのまま放置されるという事情がある。<sup>⑥</sup> 所有者であり続けると、地価が安ければそれほど大きな額にはならないかもしれないが、それでも毎年毎年、それなりの額の固定資産税が課せられることになるし、<sup>⑦⑧</sup> 所有する不動産が原因で、万一、他人に被害が生じたときは、所有者として無過失の工作物責任（民法七一七条一項）を問われかねない。<sup>⑨</sup>

不動産について所有権放棄の意向が実際に示された例は古くからみられたようで、<sup>⑩</sup> 地価が下落し、また、人口減が進む現状のもとでは、そうした意向をもつ人が今後、増えてくる可能性を見通して、不動産所有権の放棄が可能かどうか、可能とすればその要件いかん等々について、ここで検討しておく価値はありそうである。<sup>⑪</sup>

このことは、都市圏でも、今後、マンションをめぐって問題となってくるかもしれない。<sup>⑫</sup> マンションでは固定資産税のほか、管理費や修繕積立金の負担がある程度大きな金額のものとして月々かかってくる。まだ問題として顕在化してはいないようだが、昭和三〇年代の第一次マンションブームからすでに半世紀を経て、今後、売却しようにも買手のつかない築年数の経った（高経年）マンションが大量に発生するのではないか。年数があまり経っていないければ（築浅）、売値を下げればそれなりに買手が出てこようが、老朽化した中古マンションは、今でこそ数百万円の廉価で売買されているもの、<sup>⑬</sup> 将来的には、お金を取って売ることにはかなわず、逆にお金をつけて引き取ってもらわなければならなくなるなどと、冗談のような話も巷では語られているようである。<sup>⑭</sup>

わが民法は、無主の不動産は国の所有に属するとする（二三九条二項）が、不動産について所有権の放棄が可能かどうか（すなわち、所有者のいる不動産について、その所有者が所有権を放棄することで無主の不動産とすることができるかどうか）は規定がなく、はっきりしないといわれる。<sup>16)</sup>

そこで、本稿では、わが国の裁判例や学説が、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きたかを跡づけ、そのうえで、不動産所有権の放棄を可能と解すべきかどうかにつき、ささやかながら若干のコメントを付したい。

なお、民法二三九条二項が無主の不動産は国の所有に属するとしたことについては、民法起草委員の一人である梅謙次郎が、明治二九年に著書『民法要義』のなかで、もし無主の不動産を私人が先占することを認めると、腕力で先占を争うことになり、安寧を害すること、不動産は国家の基礎であるので、無主の不動産はなるべく国有として、国から適当な人にこれを付与して開墾その他の事業に従事させるのがよいことをいっている。<sup>17)</sup> また、無主の不動産について、先占を認めつつも国に先占の優先権を与える主義（ドイツ法がこの主義である。）を採らずに、無主の不動産はただちに国の所有に属することとして、先占を認めなかった（フランス法がこの主義である。）ことについては、明治三〇年に岡松参太郎が著書『註釋民法理由』のなかで、無主の不動産が国有化されるまでに問題が生じることが懸念されたと説明する。<sup>18)</sup> もつとも、——同項の文言上、わが民法がドイツ法の主義でないことは明らかだが——古い学説には、同項を国に優先の先占権を認めた規定と解釈する可能性をいうものが一部にみられる。<sup>19)</sup>

また、一つの物を一人が所有する単独所有ではなく、共有不動産に対する持分権であれば、その放棄が可能であることが条文上、前提とされていて、民法二五五条は、共有者の一人がその持分を放棄したときは、その持分は、他の共有者に帰属するとする。このことについて、民法起草委員の一人である富井政章は、明治二七年に法典調査会にお

いて、国が共有者となつて煩わしい関係が生じるのを避ける趣旨であるとする<sup>20</sup>。学説では、共有の弾力性の表れと説かれることが多い<sup>21</sup>。

さらに、マンシヨンの区分所有権については、区分所有法二四条が、敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である（共有または準共有である）場合に民法二五五条の適用を排除しているので、この場合に敷地利用権が放棄されても、放棄された敷地利用権の持分が敷地利用権の他の共有者（または準共有者）に帰属することにはならない。したがつて、マンシヨンの区分所有者が専有部分と敷地利用権とをともに放棄すると<sup>22</sup>（放棄することが許されるとする）、無主として両者とも国庫に帰属することになる<sup>23</sup>。

## 二 裁判例

わが国で不動産所有権の放棄が争われた裁判例は、筆者のみるかぎり、次の一件のみである。下級審のもので、それも、不動産所有権の放棄があつたと認定できるかどうか、事実認定が争われたものでしかないが、以下にみておこう。

すなわち、大阪高裁昭和五八年一月二八日判決<sup>24</sup>は、「所有権の放棄は相手方のない単独行為であるから、少なくともその意思が一般に外部から認識できる程度になされることが必要であつて、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；が、いずれにせよ右放棄は放棄者の積極的意思に基づくことが必要であるところ」、本件土地は、昭和二四年に付近の土地について行われた農地改革において、官有地であると十分な理由なく判断されて、買収の対象から除外されたが、所有者は、右農地買収以降、所有権を喪失したものと誤信して所有権の主張をし

なくなり、本件土地をそのまま放置しているにすぎず、「みずから積極的にその所有権を放棄したものと明示・黙示を問わず到底認め難い」として、所有権放棄があつたとは認められないとする<sup>(25)</sup><sup>(26)</sup>。不動産所有権の放棄があつたと認定できるかどうか、事実認定が争われたわけだから、その意味では、この昭和五八年大阪高判では、不動産について所有権放棄が可能であることが前提とされていたといえなくもないが、むしろ、不動産所有権の放棄の可否という問題がそもそも認識されていなかったというべきか。また、ここでは、不動産所有権を放棄するには、登記されることが、——放棄意思が一般に外部から認識できることの必要性から——望ましいとはされたが、必須とはされなかったことに注意しておきたい。

なお、所有権放棄によつてではないが、無主の不動産として国庫への帰属を認めた（あるいは、無主の不動産ではないとして国庫への帰属を認めなかった）裁判例はいくつかみられる<sup>(27)</sup>。それから、学説において、三でみるように、物権の放棄は公序良俗に反するときは許されないといわれることがあるので、不動産については所有権放棄が公序良俗違反とされた裁判例をここでみておく。すなわち、戦前の裁判例だが、大審院昭和二年五月二七日判決は、遺骨または遺骸の所有権放棄は、祖先の祭祀供養を廃することとなり善良の風俗に反するので、他の財貨と異なり、遺骸の所有者は所有権を放棄できないとする<sup>(28)</sup>。

かりに不動産所有権の放棄があつたとして、それをどのようにして登記するかは、一つの問題である。不動産の（単独）所有権放棄で登記方法が争われた裁判例は見当たらないが、共有不動産の持分権放棄の事例でなら裁判例がいくつかみられるので、みておこう。大審院大正三年一月三日決定は<sup>(29)</sup>、詳細は不明だが、共有建物の共有者の一部がその持分権を放棄して、建物所有権抹消登記を申請したところ却下されたので、その取消しを求めたものようである。決定は、登記の目的は不動産に関する権利の状態を明らかにすることにあるところ、権利消滅には(1)権利が絶対に消

滅する場合（この場合に他人が権利を取得するのは、消滅した権利とまったく関係のない新たな権利の取得であり、創設的原始取得である。）と、(2)権利消滅と同時に他人がその権利を原始取得する場合（移転的原始取得）とがあり、(1)では登記抹消により権利消滅の状態を明らかにすべきであるのに対し、(2)では移転的承継取得の場合と同様に、権利取得の登記をして、権利が一人の帰属を離れると同時に他人に帰属した状態を明らかにすべきであり、共有持分放棄による他の共有者の当該持分取得は(2)の移転型原始取得であるから、持分取得の登記をすべきであつて、持分登記の抹消は許されないとして（この問題は不動産登記法に従つて決せられるべきで、共有持分権の放棄による他の共有者への当該持分の帰属が民法上、原始取得であるか承継取得であるかによつて決せられるべき問題ではないとする。）、訴えをしりぞける。なお、原審も同じ理由で訴えをしりぞけていて、原告人は、単独所有権が放棄されて、その物が取得された（国によつてとは明示されていないが、民法二二九条二項により当然、国によつてであろう——筆者注）場合は、放棄者は権利消滅の登記をすることができ、また、取得者がすべきは移転による取得登記ではないことは明らかで、共有持分権の放棄も放棄としての性質は単独所有権の放棄と変わらないなどと主張して、共有持分権の放棄において権利消滅の登記が許されるべきことをいつていた。単独所有権の場合にも、取得者（国？）による所有権取得の登記がされるべきか（放棄者による所有権消滅の登記が許されないのか）について、決定は判示していない。

また、この大正三年大審院決定に先立つ大阪地裁判明治四三年一月二十七日決定<sup>11</sup>も、同様に、所有権抹消登記申請却下決定の取消しが求められた（詳細は不明）のに対し、共有持分権が放棄された場合は、不動産登記法上、権利の消滅ではなく権利の移転であるから、抹消登記でなく権利の移転登記によるべきであるとして、訴えをしりぞける。原審も同じ理由で訴えをしりぞけていて、原告人は、移転登記によるべきであるとすると、放棄するにはまず他の共有者の承諾を得るのでないと、登記できず第三者に対抗できなくなる、単独所有権の放棄の場合で考えると、所有権を放

棄して無主の不動産とするには国の承諾を得なければならぬこととなり、正しくない、第三者に対する対抗力を得て、不動産上の租税その他の負担を免れるためには、登記義務者である放棄者が登記権利者である国に対し移転登記の請求をしなければならないという奇観を呈することになるなどと主張していた。他の共有者の承諾を得なければならぬことになるこの不当性をいうこの主張について、決定は、土地収用法により私人の所有権が収用される場合も不動産登記法は所有権移転登記によるべきものとしているので、これと性質がほとんど異なる本件の場合も抹消登記でなく権利の移転登記をすべきで、移転登記である以上、その登記申請には他の共有者の承諾を得なければならぬことは当然であつて、主張のように抹消登記によるものとしても、登記法の規定に従い他の共有者の承諾またはこれに代わる判決を得なければならぬから、この点は、抹消登記によるべきであるとするこの論拠にならないとして、これをしりぞける。原告人の主張は、単独所有権の放棄についても、移転登記によることこの不当性をいつていた。決定は、これに直接、応答することはしていないものの、共有持分権の放棄の場合と同様に、国の承諾が得られなければこれに代わる判決を得ることで移転登記手続が可能となるとする趣旨であろうか。

共有不動産に対する持分権が放棄された場合の登記は、放棄者の持分登記の抹消ではなく、当該持分を取得した他の共有者への移転登記によるべきであるとするこうした判例の態度（右以外にも、東京地裁大正三年九月二八日判決<sup>33</sup>があつた。）は、戦後、最高裁にも引き継がれ、最高裁昭和四四年三月二七日判決<sup>34</sup>は、不動産の共有者の一人が持分権を放棄し、その結果、他の共有者が当該持分権を取得した場合に、この物権変動を第三者に対抗するには、右放棄にかかる持分権の移転登記をすべきであつて、すでにされている放棄者の右持分権取得登記の抹消登記をすることは許されないとする（原判決が放棄者に対し持分権取得登記の抹消登記を命じたのを、不動産登記法の解釈適用を誤つたものとして破棄する。）。

名古屋高裁平成九年一月三〇日判決<sup>35</sup>も、土地の共有持分権が放棄されると、当該持分は、他に共有者がいるときは当該他の共有者に帰属し（民法二五五条）、そのような共有者がいないときは国庫に帰属する（民法二三九条二項）ところ、他の共有者ないし国によるこの持分権取得は、実体法上原始取得だが、登記手続としては、いわゆる移転的承継取得の場合と同様、持分権放棄を登記原因として、放棄者からの他の共有者または国への持分権移転登記をすべきであり、したがって、放棄者が任意に持分権移転登記に応じないときは、当該持分権を取得した他の共有者または国は放棄者に対し移転登記手続に応じるよう訴求でき、他方、放棄者または他の共有者もしくは国は、持分権移転登記手続を経由しないかぎり、放棄者の持分権消滅および他の共有者または国の持分権取得という物権変動を第三者に對抗できないとする<sup>36</sup>。この平成九年名古屋高判では、共有不動産に対する持分権の放棄により、当該持分が他の共有者に帰属する場合だけでなく、（他の共有者がいなくて）無主の不動産として国庫に帰属する場合にも、登記手続は移転登記によるべきであるとされたことに注意しておきたい。

### 三 学 説

それでは、不動産所有權の放棄が可能かどうか、学説の理解はどうであったか。一では、この点、はっきりしないといわれていると紹介したが、不動産所有權の放棄が許されるとする（あるいは、許されることを前提とする）学説は——古いものを中心にはなるが——<sup>37</sup> 少なからずみられる。すなわち、明治二九年に松波仁一郎、仁保龜松および仁井田益太郎<sup>38</sup>は共著『帝國民法正解』のなかで、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つて遺棄されると無主物として国有に帰するとし<sup>39</sup>、明治四一年には松岡義正が著書『民法

論 物權法』のなかで、不動産の所有権は、所有者が権利放棄の意思表示をすることで失われ、当該不動産は無主物になるとする<sup>(41)</sup>。大正一四年には、土地所有権であつても明示または黙示に放棄することができるとする法曹會決議がみられるし<sup>(42)</sup>、戦後も昭和二七年に鈴木祿彌が「フランス法における不動産委棄の制度」と題する論説のなかで、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あと、わが民法の解釈としても、過重な負担を負う土地所有者の救済を図り得る解釈をしなければならぬであろうとし<sup>(43)</sup>、昭和三七年には我妻栄が法学セミナー連載の「民法案内 民法の道しるべ」のなかで、ドイツ民法が不動産物權放棄の方法を規定するのと異なり、わが民法には規定はないが、同じように解釈してよからう、放棄の意思表示をしてそれを理由に登記すればよく、そうすれば、無主の不動産として国庫に帰属するとする<sup>(44)</sup>。最近では、平成二四年に藤巻梓が「不動産所有権とその共有持分の放棄——ドイツにおける二〇〇七年の二つのBGH決定を題材にして」と題する研究ノートのなかで、わが国で現行法上、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す<sup>(45)</sup>。そのほか、不動産所有権の放棄が可能であることを前提に、不動産所有権を放棄するためには占有の放棄が必要かどうか、また、登記の要否を論ずる学説は少なくない<sup>(46)</sup>。

すなわち、占有の放棄が必要かどうかについては、学説はわかれる<sup>(47)</sup>。

登記については、二でみたように、前出(注24)の大阪高裁昭和五八年一月二八日判決が登記を必須とはしていなかったが、不動産所有権の放棄により不動産物權変動が生じる以上、民法一七七条により、少なくとも対第三者対抗要件としては、登記を要することになる。このことは学説において一致して指摘される<sup>(48)</sup>。

ただし、実際にどのようなようにして登記するかは、二でも指摘したように、問題である。不動産登記法は、放棄による抹消登記について規定を置いていないからである<sup>(49)</sup>。昭和四五年には野村豊弘が、前出(注34)の最高裁昭和四四年三

月二七日判決に対する評釈のなかで、（単独）所有権放棄は、——不動産登記法の予想しない問題だが——どのような登記方法によるべきであろうかと疑問を呈し、立法論としては、権利が消滅した場合の登記方法を別途設けるべきかもしれないとしていた。<sup>(50)</sup>

この問題については、大正三年に中島玉吉が著書『民法釋義』のなかで、土地・建物の滅失に関する規定を準用して、登記名義人だけで抹消登記の申請をすることができるとしていたが、前出（注(42)）の大正一四年法曹會決議は、土地所有権は放棄できるが、放棄者が権利消滅の登記を申請することはできず、無主の不動産として国庫に所有権が帰属するので、所管官庁が登記所に嘱託して、残存する登記の抹消登記をすべきであるとする。<sup>(51)</sup> 昭和三七年には薬師寺志光が著書『日本物権法新講』のなかで、放棄者自身からの抹消登記申請はできないとすることを主張し、放棄者だけで抹消登記すると、その不動産については、登記簿上、現在の所有者の表示を欠くという不当な結果になるとし、<sup>(52)</sup> 昭和五一年にも徳本伸一が「共有持分権の放棄と登記」と題する論説のなかで、単独所有の不動産の所有権が放棄されて国がその所有権を取得した場合に、放棄者名義の所有権の登記を抹消するだけでは、登記面は、放棄者の前主の登記名義に復帰するだけなので、不十分であるとする。<sup>(53)</sup> 平成九年にも武石務が月刊登記情報連載の「相談事例アラカルト」のなかで、放棄者からの単独での抹消登記申請を認めるべきであるという考え方もできる（すなわち、所有権放棄により所有権は消滅し、その後、無主となった土地の所有権が国庫に帰属するのは民法二三九条二項という別個の規定によるものなので、所有権放棄により無主となった時点で所有権抹消の登記を認めるべきであり、また、所有権放棄は相手方のない単独行為なので、単独申請を認めるべきであるという考え方）が、不動産所有権放棄につき単独で登記申請できるといふ明文規定がない以上、原則どおり登記権利者と登記義務者との共同申請によるべきであるとする。<sup>(54)</sup> 登記実務も、昭和五七年の法務省民事局第三課長回答は、所有権放棄者の単独申請によることは

できないとする。<sup>(57)</sup>

ちなみに、共有不動産に対する持分権の放棄について、判例は、二でみたように、放棄者の持分権取得登記の抹消登記は許されず、当該持分を取得した他の共有者への移転登記をすべきであるとしていたが、学説はこれを支持している。たとえば、前出(注34)の最高裁昭和四四年三月二七日判決に対する評釈のなかで、野村豊弘は、抹消登記だと抹消された登記がなかったことになるので、放棄者の有していた持分は、登記簿上、放棄者の前主が有していた(前主から放棄者に移転していなかった)ことになり、放棄により他の共有者が当該持分を取得したことを表示していないことになる<sup>(58)</sup>とし、奥村長生や石田喜久夫も個々の不動産についての権利変動の過程を登記簿上明確にするという不動産登記法の精神をいって、いずれも同判決を支持する。そのほか、判例を支持する学説は多い<sup>(59)</sup>。単独所有権において放棄者自身からの登記申請はできないとするさき<sup>(60)</sup>にみた学説は、共有不動産に対する持分権の放棄についてのこうした判例・学説に符合するものといえよう。

もつとも、学説の一部には、単独所有と共有とで、権利が放棄された場合の登記を別異に解するものがみられる。すなわち、昭和四三年に谷田貝三郎は、前出(注1)の最高裁昭和四二年六月二二日判決に対する評釈のなかで、単独所有権の放棄は、放棄された物が無主物となるだけで、これにより直接に利益を受ける者がいない(無主物となれば、民法二三九条によりそのものについて新たに権利を取得する者がありうるが、無主の動産または不動産であることを媒介とし、直接的ではない)ので、相手方のない単独行為であるのに対し、共有持分権の放棄は、これにより直接、利益を受ける者(すなわち他の共有者)がいるので、権利放棄についての一般原則に還って、相手方のある単独行為である(放棄により直接に利益を受ける者に対して放棄の意思表示をしなければならぬ)<sup>(61)</sup>と主張し、この立論を展開するなかで、放棄による権利変動の登記が、所有権放棄では抹消登記でよいが、持分放棄では持分登記の抹消

は許されず、持分取得登記をすべきであることも、持分放棄には必ずこれにより直接、利益を受ける者があることと無関係ではないとする。<sup>(63)</sup>

話しをもとに戻そう。不動産所有権の放棄が可能であることをいう（あるいは可能であることを前提とする）学説は、以上に見てきたように、一定数みられた。これに対して、不動産所有権の放棄は許されないかの口吻をもらす学説も——こちらも古いものを中心だが——一部にみられる。すなわち、昭和七年に石田文次郎は著書『物權法論』のなかで、不動産所有権の放棄は、（動産所有権の放棄が物の遺棄をも要するのと異なり）意思表示だけでできるとする一方で、土地所有者が公共の福利に合するように土地を利用すべき義務を負うこととなると、土地所有権の放棄は一般に認めることはできないとし、個人本位の法律が社会本位の法律に進めば進むほど権利放棄の自由が制限されるのは当然であるとする。<sup>(64)</sup> また、昭和九年には近藤英吉が著書『物權法論』のなかで、不動産所有権の放棄は、一般に、許されないと解されているとする。<sup>(65)(66)</sup>

時代が下って、ある事例につき土地所有権放棄を許されないと明言するのが昭和四一年の法務省民事局長回答である。これは、ある神社所有の崖地が崩壊寸前で、補修に多額の費用が見込まれるところ、神社は、これを負担する資力がないため、所有権を放棄して国に帰属せしめ、国の資力によって危険防止を図ろうと考えて、神社本庁から、土地所有権の放棄は所有者から一方的にできるか、所有権放棄が可能であれば、登記の手続はどのようにするかが照会されたのに対し、「所問の場合は、所有権の放棄はできない」と回答されたものである（その理由は示されていない）。<sup>(67)</sup> また、これを受けてのものなのかどうかは不明だが、昭和五八年には有泉亨が我妻榮著『新訂 物權法（民法講義Ⅱ）』への補訂のなかで、物権の放棄は公序良俗に反してはならないとし、その例として危険な土地工作物の放棄を挙げる。<sup>(68)</sup> もっとも、右の昭和四一年法務省民事局長回答については、特殊な事案についてのもので、先例として一般化するこ

とはできないとする指摘がみられる。<sup>(68)</sup> また、古いが、物権の放棄が公序良俗違反であるときは放棄はまったく無効だが、そのような場合はまれだろうとする指摘<sup>(70)</sup>や、近年にも、固定資産税の負担を免れるためというだけでは公序良俗違反とはいえないとする指摘<sup>(71)</sup>がみられる。

なお、一般には、所有権の放棄は相手方のない単独行為であるとされているが、高見忠義は昭和五八年に、前出(注57)の昭和五七年法務省民事局第三課長回答についての研究のなかで、動産と異なり、不動産については、単独行為による所有権放棄はないとする(国への所有権移転には国の承諾を要するとする)立場を展開している。<sup>(72)</sup>

このようにみえてくると、一で紹介した指摘がいうように、やはり、不動産所有権の放棄が許されるかどうか、はっきりしないというべきだろう。

#### 四 むすびに代えて

最後に感想めいたことを述べて、むすびに代えたい。民法二〇六条に規定されるように、所有者は、法令の制限内とはいえ、自由にその所有物を処分することができる。処分には、第三者にその物を譲渡するような法的処分だけでなく、要らなくなった所有物を捨ててしまうなどの物理的処分も含まれる。<sup>(74)</sup> もちろん、捨て方にルールが用意されているときは、そのルールに従って捨てなければならぬが、捨て方のルールに抵触しない限りは(あるいは、そうしたルールが用意されていなければ)、捨てるのは、所有者が自由にできることである。<sup>(75)</sup> 所有者には処分権限があるからである。

現状、土地など不動産の「捨て方」についてルールはみられない。とすれば、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、権利濫用であつ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。したがつて、所有権放棄とは、その実、義務や負担の回避でしかない。<sup>76</sup>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ではできないように思う。<sup>77</sup>要らなくなつた物をゴミとして捨てるのが、捨てる方のルールに抵触しないかぎり自由であることを考えれば、当然のことであろう。

不動産の場合は、動産と違つて、登記の問題がある。不動産所有権の放棄による所有権消滅をどう登記するかについては、裁判例や登記実務、大方の学説がいうように、放棄者の単独申請は許されず、所有権を取得する国との共同での登記申請を要すると解するのが、同じく原始取得である時効取得などの例に照らしても、妥当であろう。その意味では、国の協力が得られないときは、所有権の消滅を登記できないという現実問題が生じる。しかし、登記は、わが民法では対第三者對抗要件でしかないから、<sup>78</sup>所有権放棄の意思表示があれば、所有権消滅は、登記されずとも効果としてすでに生じているのであつて、そして、目的物が不動産であるときは、当然に（無主の不動産として民法二二九条二項により）国に所有権が原始取得されることになる。移転登記の申請に協力しない国に対しては、登記引取訴訟<sup>79</sup>が可能であり、国に実際に所有権が移転している以上、登記引取請求は認容されるべきであろう。<sup>80</sup>

所有し続けることに意味がなく負担でしかない不動産を所有権放棄により国に引き取らせることを可能とする結論には、筆者自身疑問を感じないわけではないが、<sup>81</sup>領土高権と土地所有権とは歴史的には必ずしも峻別されていなかった<sup>82</sup>

ことや、土地の公共性・社会性の観点から土地国有論・公有論が唱えられることもあることを想うと、国を土地（所有権）の最終的な帰属主体（ないし担い手）とみることも許されてよいように思う。<sup>84</sup> このことは、遺産について相続人からことごとく相続が放棄されて、相続人が一人もいなくなると、遺産が不動産を含めて国に当然に帰属する（民法九五九条）こととも符合しよう。<sup>85</sup>

### （注）

（1）所有権の放棄は、相手方のない単独行為であり、占有の放棄ないしその他の行為により放棄の意思が一般外部に表示されればよいとされる。さしあたり、舟橋諄一・徳本鎮編『新版注釈民法(6) 物権(1) 補訂版』（平成二十一年、有斐閣）七八二～七八三頁（一七九条の注釈、徳本鎮執筆）を参照。

もっとも、かつては、所有権放棄は、物の遺棄を通常ともなう（注(4)を参照。）ことから法律行為ではないとする立場も有力で、その法的性質については争いがあった（さしあたり、沼義雄『綜合日本民法論(3)』（昭和八年、巖松堂書店）五四七～五五〇頁、吉田久『日本民法論 物権編』（昭和三十三年、日本評論新社）二七頁、薬師寺志光『日本物権法新講』（昭和三十七年、政文堂）九八～九九頁を参照。）が、「大した實益のない論争」と評されて（我妻榮『物権法（現代法學全集第二十卷）』（昭和四年、日本評論社）三八九頁注一）、法的性質いかなるは今では論じられなくなっている。

なお、（単独所有権でなく）共有持分権の放棄（民法二五五条）について、「本来、相手方を必要としない意思表示から成る単独行為であるが、しかし、その放棄によつて直接利益を受ける他の共有者に対する意思表示によつてもなすことができる」とする最高裁昭和四二年六月二三日判決（民集二一卷六号一四七九頁、判時四八九号四七頁）があり、学説にも、共有持分権の放棄は、単独所有権の放棄と異なり、相手方のある単独行為であるとするものがある（注(3)を参照。）。

（2）物権は物に対する支配権なので、物が滅失すれば、物権も当然に消滅する。さしあたり、前掲（注(1)）『新版注釈民法(6) 補訂版』七八二頁（一七九条の注釈、徳本執筆）を参照。

（3）建物取壊しには解体費や廃材の処分費がかかるが、動産を捨てるときでも一定の費用が発生することを考えれば、当然の負

担といえよう。

- (4) 我妻栄「民法案内 民法の道しるべ 36 物権編19」法学セミナー七三号(一九六二年四月号)(昭和三七年三二頁(同著・幾代通・川井健補訂『民法案内3 物権法 上』(平成一八年、勁草書房)二五七頁所収)は、不動産所有権の放棄について若干検討したあと、いかに固定資産税が高くても不動産所有権を放棄するという実例はあるまいとして検討を打ち切っている。また、匿名「土地を放棄したい人(あらべすく)」ジュリスト五号(昭和三七年)二七頁も、土地や家屋の放棄などというありそうもないことは、ドイツ民法(土地所有権放棄の制度を規定する。)の解説書を模範にして民法の本が書かれていた昔とは異なり、現在では論じられなくなっているとする(この小論は匿名だが、鈴木祿彌「フランス法における不動産委棄の制度」民法雑誌二七巻六号(昭和三七年)一頁注一は、我妻栄の執筆ではないかと推測する。)
- (5) 平成二三年八月八日日本経済新聞夕刊九頁「少子高齢化で管理行き届かず… 増える空き家、地域悩まず、条例作る動きも(生活)」。地方だけでなく都市圏のベッドタウンでも、条件が悪い地域では、買い手がつかない空き家が増えているともいう。
- (6) 平成二四年四月二二日北海道新聞朝刊一四頁「空き家 放置しないために／実家処分 遺言で備え／相続時の問題点、生前に解消を」。
- (7) 価格が低くて、免税点(土地三〇万円、家屋二〇万円)にも達しない場合を除く(地方税法三五一条)。
- (8) すでに昭和二七年に、鈴木・前掲(注4)民法雑誌二七巻六号一頁は、固定資産税や管理費用の負担、また、地代家賃の統制による不動産収入抑制から、不動産所有権が所有者にとつて実質的にマイナス資産でしかないこともまれでないとする。
- (9) 同項にいう土地工作物とは「土地ニ接着シテ人工的作業ヲ為シタルニ依リテ成立セル物」をいい(大審院昭和三年六月七日判決(民集七巻四四三頁))、建物とかでなくても、擁壁が崩壊した場合など、土地そのものも、人の手が増えらなければ、これに含まれると解されている。さしあたり、野澤正充「事務管理・不当利得・不法行為(セカンドステージ債権法Ⅲ)」(平成二三年、日本評論社)二四九〜二五〇頁、橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰「民法Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為」(平成二三年、有斐閣)二七八頁(小池執筆)を参照。
- (10) 匿名・前掲(注4)ジュリスト五号二七頁、「不動産(土地)の所有権放棄について(昭和四一年八月二七日付民事甲第一九五三号民事局長回答)」民事月報二二巻一号(昭和四一年)一五五頁、匿名「所有権の放棄(登記簿)」登記研究四〇五号(昭和五六年)表紙裏、匿名「弁護士法第二三条の二に基づく照会について(土地所有権放棄の場合の登記申請の方法について)

(昭和五十五年五月二十一日付け富弁高照発第七号富山県弁護士会長照会、昭和五十七年五月十一日付け法務省民三第三、二九二号民事局第三課長回答)「登記研究四一八号(昭和五七年)九二頁、高見忠義「同」登記先例解説集二三卷三号(昭和五八年)一七頁、武石務「所有権の放棄について(相談事例アラカルト)48 東京法務局民事行政部不動産登記部門監修」月刊登記情報三七卷一〇号(平成九年)一六六頁を参照。これらにおいては、崩壊のおそれがある土地や、私道となっているが道路認定が受けられず、固定資産税が負担となっている土地、相続したが使い道もなく、売ろうとしても買い手がつかず、固定資産税が負担となっている土地などがそうした事例として挙げられている。

(11) すでに昭和二十七年に、匿名・前掲(注④)ジュリスト五号二七頁や、鈴木・前掲(注④)民法雑誌二七卷六号一頁が、固定資産税の負担等に耐えかねて放棄を考える人が増えるかもしれないとの見通しのもとに、この問題を検討する必要性をいつていた。昭和二十七年であるから、今とは逆に、地価上昇の時代においてであるが。

(12) マンションとは用途が住居専用であるか、そうでなくとも少なくとも一つの専有部分が居住の用に供されるもの(複合用途型)をいう(マンシヨンの管理の適正化の推進に関する法律(平成一二年法律一四九号)二条一号、マンシヨンの建替えの円滑化等に関する法律(平成一四年法律七八号)二条一号を参照。)から、すべての専有部分が店舗、事務所など居住以外の用に供されるもの(非住居専用型)は、厳密に言えばマンシヨンではないが、これも区分所有建物(建物の区分所有等に関する法律(昭和三七年法律六九号)(以下、区分所有法という。))一条を参照。)として問題状況は変わらないので、本稿では、正確な言葉づかいではないが、区分所有建物の意味でマンシヨンの語を用いることとする。

(13) マンシヨンは、建物ではあるが、他の区分所有者がいる以上、自分の意向だけで取り壊すことはできないから、やはり所有権放棄の可否を考える意義がある。とくにマンシヨンについて所有権放棄をドイツ法を素材に論じたものとして、藤巻梓「不動産所有権とその共有持分の放棄——ドイツにおける二〇〇七年の二つのBGH決定を題材にして」静岡大学法政研究一六卷一〜四号(平成二四年)九八〜七二頁がある。

(14) 藤木良明『マンシヨンにいつまで住めるのか(平凡社新書二四五)』(平成一六年、平凡社)一一六〜一一七、一八四〜一八五頁は、東京や大阪などの中心部と異なり、地方都市では、三〇〇万円以下などという、建物を取り壊して更地にした場合の土地値を下回る価格での取引事例がみられ、一部の中古マンシヨンは売れない状態をすでに迎えていて、マンシヨンのスラム化が懸念されるとする。

(15) 荻原博子『荻原博子の金持ち老後 貧乏老後』(平成二十四年、毎日新聞社) 一七五頁。

もちろん、マンションは都市圏にあつて好立地のことが多いから(初期に建設された高経年のものはとくにそうであろう)、建物を取り壊して更地となれば、あるいは、その上で新しくマンションを再築すれば、価値ある不動産に生まれ変わる(もちろん、取り壊さずに大規模修繕などにより再生する方法もあり得る。しかし、費用の問題もあるし、延命策も永久に可能というわけではないだろう)が、取壊しないし建替えのためのハードルは決して低くない。そのためには区分所有者の合意が必要で、取壊すだけ(再築しない)なら全員の合意が必要だし、建替えなら区分所有者および議決権の五分の四以上の賛成が要る(区分所有法六二条一項)。多数決とはいえず、高経年マンションだと住民も高齢化していて、建替えに伴う二度の引越しが嫌われるなどして、五分の四の多数を得るのは容易ではないだろう。また、建替えには資金の問題も大きい。建て替えて余剰床が発生するのであれば、これを分譲することで既存の区分所有者は資金負担がなしで(あるいは少なく)済む(等価交換方式)が、敷地に余裕がなく、もとの建物が容積率いっぱい建てられていて、建て替えても余剰床が生じないとすると、解体や再築の費用をまるまる区分所有者全員で負担しなければならぬからである。老朽化してそのままでは買い手のつかないマンションの区分所有者は、そこに住み続けるのならまだしも、そうでなければ、区分所有者である以上、固定資産税のほか管理費、修繕積立金をただただ負担し続けなければならないこととなり(それも、高経年マンションほど修繕積立金は高額になる)。マンションは負の資産と化するのである。なお、マンションの再生につき、さしあたり、近江隆「マンションの再生と建物の終末」丸山英気・折田泰宏編『これからのマンションと法』(平成二〇年、日本評論社) 六三九〜六五九頁を参照。また、リゾートマンションの価格崩壊につき、橘玲「リゾートという誘惑(1) タダでリゾートマンションを買う方法(実践「マネーロンダリング」講座第9回)」([http://webmagazine.gentosha.co.jp/backnumber/vol55\\_20020901/money-laundring/money-laundring.html](http://webmagazine.gentosha.co.jp/backnumber/vol55_20020901/money-laundring/money-laundring.html)) (平成二五年一月二二日閲覧)、『100万円で購入するリゾートマンション』サンデー毎日二〇一二年五月二七日号(平成二四年) 二二〜二五頁を参照。

(16) 川島武宜・川井健編『新版注釈民法(7) 物権(2)』(平成一九年、有斐閣) 三七九頁(二二九条の注釈、五十嵐清・瀬川信久執筆)。

(17) 梅謙次郎『民法要義 卷之二物権篇』(明治二九年、和佛法律學校・明法堂) 一四三〜一四四頁。他にも、松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎『帝國民法正解 第四卷』(明治二九年、日本法律學校) 五九五〜五九六頁、岡松參太郎『註釋民法理由 中

- 卷』(明治三〇年、有斐閣書房) 一九六頁、横田秀雄『物權法』(明治三八年、日本大学) 二四三〜二四四頁、富井政章『民法原論 第二卷物權上』(明治三九年、有斐閣書房) 一二五頁、中島玉吉『民法釋義 卷之二上 物權篇上』(大正三年、金刺芳流堂) 三八〇〜三八一頁、小池隆一『日本物權法論』(昭和七年、清水書店) 一五三頁、沼義雄『物權法』(綜合日本民法論別巻第二)』(昭和一五年、巖松堂書店) 一九〇頁、吉田・前掲(注1)、『日本民法論 物權編』一三九頁、最近であれば前掲(注16)、『新版注釈民法(7)』三七九頁(二三九条の注釈、五十嵐・瀨川執筆) にほぼ同様の説明がみられる。
- (18) 岡松・前掲(注17)、『註釋民法理由 中巻』一九七頁。最近であれば前掲(注16)、『新版注釈民法(7)』三七九頁(二三九条の注釈、五十嵐・瀨川執筆) に同様の説明がみられる。
- (19) 近藤英吉『物權法論』(昭和九年、弘文堂書房) 七一頁や林良平『物權法』(昭和二六年、有斐閣) 一二四頁は、同項の解釈上、無主の不動産が当然に国庫に帰属するのか、国庫が独占的先占権をもつのか疑問があるとする。そのほか、旧民法(明治二三年法律二八、九八号)も財産編二三条二項が無主の不動産は当然に国に属すると規定していたが、江木衷『日本民法講義 取得之部』(刊行年は不明だが、他の分冊が明治二四ないし二五年の刊行なので、その頃と思われる、有斐閣書房)九、一二頁は、同条を国に優先の先占権を認めたものとみる。
- (20) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録 二(日本近代立法資料叢書2)』(昭和五九年、商事法務研究会) 九二頁。
- (21) さしあたり、前掲(注16)、『新版注釈民法(7)』四六二頁(二二五五条の注釈、川井健執筆)を参照。
- (22) 片方だけを放棄することは、区分所有法二二条一項本文の分割処分禁止により、できない。濱崎恭生『建物区分所有法の改正』(平成元年、法曹会) 二二三頁(区分所有法二二条の注釈)、稲本洋之助・鎌野邦樹『コンメンタール マンション区分所有法 第二版』(平成一六年、日本評論社) 一三五頁(区分所有法二二条の注釈)、水本浩・遠藤浩・丸山英氣編『マンション法 第三版(別冊法学セミナー一九一 基本法コンメンタール)』(平成一八年、日本評論社) 四八頁(区分所有法二二条の注釈、藤井俊二執筆)。
- (23) さしあたり、濱崎・前掲(注22)、『建物区分所有法の改正』二二二、二二三頁(区分所有法二二条の注釈)、前掲(注22)、『コンメンタール マンション区分所有法 第二版』一三六頁(区分所有法二二条の注釈)、前掲(注22)、『マンション法 第三版(基本法コンメンタール)』四八頁(区分所有法二二条の注釈、藤井執筆)。

(24) 高民集三六卷一頁、訟務月報二九卷八号一四八九頁、判夕五〇六号一〇一頁。

(25) 下級審判決だが、確定している。内容を少し詳しく紹介すると、所有権放棄が争われた本件土地は、琵琶湖に流入する日野川の河口部付近にあり、これを占有し登記名義を有する者らに対し、国が所有権の確認、明渡し、登記の抹消を求めたというものである。本件土地は、現状、堤防と流水敷とはさまれた三角地帯の中にあるが、この三角地帯は、もともとは田であったようであり、それが大正六〇八年の河川氾濫により押し流されて付近が扇状の河口として流水域を含む河原となり、その後、大正九年頃に構築された堤防の位置関係により堤防の流水側となった堤外地が、さらにその後、水流が徐々に反対側に寄っていくなどして付近に寄洲ができ高い所が島状となったあと、昭和一六、七年頃の食糧増産の国策により開墾されたという経過がある。もともとは付近一帯の地主井狩家の所有で、右開墾作業にあたった者、その相続人、右開墾作業にあたった者からの譲受人(と思われる者。事実認定されていないので正確には不明)が本件土地について現在、登記名義を有し占有していて、被告となっている。原審の大津地裁昭和五年一月二三日判決(下民集二九卷一〇四号一頁、訟務月報二四卷三号四二五頁)は、①井狩家は右氾濫後、本件土地の管理をしなかったこと、②堤外地となった以降、地元住民が本件土地を官有地になったものとして利用し、行政官庁も河川敷である官有地として各種の行政措置を講じたことに対し、井狩家はなんら苦情を述べなかったこと、③井狩家の現当主は本件土地が自己の所有でなく国の所有に属することを承認していること等から、井狩家の前当主は本件土地について堤外地となった大正九年に所有権を放棄し、本件土地は無主の不動産として国の所有になったとして、国の請求を認容した。これに対し、控訴審の大阪高裁昭和八年一月二八日判決は、(1)右の①、②等の事實は、井狩家が六年頃の右氾濫後、昭和一八、九年頃までのいづれかの時期において右三角地帯の土地所有権を放棄したことを一応うかがわせるに足りる事情とみられないとはいえず(右の③の事實は挙げられていない)、④井狩家は小作人が原野・雑種地等を開墾して田畑にすることを黙認し、そうした田畑については収穫があるようになって始めて、これを開墾した者の小作地とし、収穫で開墾費用を償ったのち、適当な時期から小作料を徴することとしていたこと、⑤右三角地帯が昭和一六、七年頃に無断で開墾されたことになら異議を述べなかったのは、井狩家の従来の土地管理の方針などによること、⑥井狩家は、堤外地のうち流水域となった部分については免租願を出し課税を免れていたが、右三角地帯については自己所有と考えて右措置をとらなかったこと等から、井狩家が昭和一八年頃までの間に所有権を放棄したとは認められないとし、また、(2)昭和二四年に本件土地付近の土地について農地改革が行われた頃、所有権が放棄されたとの国の主張についても、本文のとおり判示して

これをしりぞけ、原判決を取り消して国の請求を棄却した。なお、結局、本件土地の所有権がなお井狩家にあるのか、被告らにあるのかについては判示されていない。

(26) ちなみに、共有不動産について持分権の放棄があったと認定できるかどうか問題となった裁判例として、大審院明治二九年五月一三日判決（民録二輯五卷三二頁）があり、ここでは共有墓地の共有者の一人において、墓地代金の割当額を支払わない等の事実があっても、既得の共有権を放棄したと推定することはできないとされた。本文にみた昭和五八年大阪高判とあわせて、不動産所有権の放棄の認定についての裁判所の慎重な態度をみる事ができようか。

(27) まず、相続人なき相続財産についてのものとして、仙台高裁昭和三年三月一五日判決（下民集八卷三三四七八頁、確定したかどうか不明）、一宮簡裁昭和四六年七月三一日判決（下民集二卷七・八号八二九頁、確定している）がある。現行法によれば、相続人のない相続財産の国庫帰属が明文でもって規定されている（民法九五九条前段、昭和二年法律二二二号による改正前は民法一〇五九条一項前段）が、民法（第四編第五編、明治三一年法律九号）が明治三一年七月一六日に施行される以前は、明治一七年太政官布告二〇号（單身戸主死亡又ハ除籍ノ日ヨリ滿六箇月以内ニ跡相續者ヲ届出サル者ハ總テ絶家トス、法令全書明治一七年ノ一・四四頁）により絶家となつた場合、「絶家ノ財産ハ五箇年間親族又ハ戸長ニ於テ保管シ右年限後ハ親族ノ協議ニ任シ然ラサルモノハ官没スヘキモノ」とされていた（大審院大正一〇年三月八日判決（民録二七輯五〇二頁））。仙台高判の事案では明治二一年五月五日に、一宮簡判の事案では明治二六年六月一日に絶家となつたが、親族間の協議も官没もされなかつたため、当該土地は無主の不動産として民法施行と同時に国庫に帰属したと判示された。いずれの事案でも、当該土地につき時効取得を主張する者が国に対し所有権の確認等を求めたのに対し、国は国庫に帰属していないと争つていたものである。なお、民法施行前の相続人不存在の場合の相続財産の扱いについては、神谷力「明治民法施行前における相続人の曠缺制度について」法制史研究一二号（昭和三七年）一六八〜一九三頁を参照。

また、本件山林は「地租改正の當時登録漏となり所有者不明となりたるを以て結局無主の不動産として」国庫に帰属したので、その上の立木も国の所有であるとして、非所有者から右立木を買ひ受けた者に対する国の不当利得返還請求を認容した和歌山地裁大正六年一〇月二六日判決（法律新聞一三四〇号二二頁、確定したかどうか不明）、青森県沖にある久六島（無人島）につき私人が無主物先占を主張したのに対し、かりにかつて無主物であつたとしても、不動産である以上、国庫に帰属するので、先占は認められないとした仙台高裁昭和三年一月一九日判決（訟務月報五卷二二四四頁、上告されたが棄却されて

いる)がある。

逆に、無主の不動産ではないとして国庫への帰属を認めなかった裁判例として、広島高裁昭和六二年一〇月一六日判決(訟務月報三四卷七号一四〇五頁、確定している)、最高裁平成二三年六月三日判決(判時二二二三号四一頁)がある。これらはいずれも、所有者不明の土地を時効取得したと主張する者が、当該土地は無主物として国庫に帰属したとして、国に対し所有権の確認を求めたものである。昭和六二年広島高判の事案では原判決が、平成二三年最判の事案では原々判決がこの主張を容れ請求を認容していたが、二判決とも、従前の所有者が不明だからといって、民有地であることに変わりはないので、国庫に帰属するものではないなどとして、確認の利益を欠くとして訴えを却下した(類似の事案として東京地裁昭和五〇年八月二十九日判決(下民集二六卷五〇八号七二五頁、確定したかどうか不明)をも参照)。このような訴訟がみられる背景には、土地を時効取得しても所有者が不明だと登記名義を取得するのが容易でないという事情がある。さしあたり、平成二三年最判に対する判時コメントを参照。

(28) 民集六卷三〇七頁。

(29) 内容を詳しく紹介すると、江尻家の女戸主が入夫婚姻(いわゆる婿取り)した神永家の息子が実家で自殺し、遺骸は神永家の墓地に埋葬されたが、江尻家の家督相続人が神永家の戸主に対して遺骸の引渡しを求めたというものである。神永家のいくつかの答弁のうち、かりに江尻家側に遺骸の所有権があるとしても、江尻家も加わった親族協議のうえ墓所を定め葬儀を営みその葬式には江尻家も参列したので、これにより遺骸の所有権は放棄されたとの抗弁を原審は容れて請求をしりぞけていたが、判決は、本文のとおり判示して、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。

(30) 民録二〇輯八八二頁。

(31) 法律新聞六三〇号一三頁、確定したかどうか不明。

(32) 現行規定であれば、不動産登記法(平成一六年法律一二三号)一一八条が移転登記によるべきことを規定する。なお、土地取用も原始取得である。さしあたり鎌田薫 寺田逸郎編『不動産登記法(別冊法学セミナー)二〇六 新基本法コンメンタール』(平成二二年、日本評論社)三三四頁(一一八条の注釈、大橋光典執筆)を参照。

(33) 法律学説判例評論全集三巻諸法一七四頁。確定したかどうか不明。同様に、共有持分権の放棄による他の共有者への当該持分の帰属では、権利消滅の登記申請はできず、当該他の共有者から権利取得の登記申請がされるべきであるとする。

(34) 民集二三卷三号六一九頁、判時五五四号四〇頁。

(35) 行集四八卷一・二号一頁、確定している。

(36) 本件は、本件土地につき共有持分の登記を有していた者らが、登記官が本件土地につき年月日不詳海没として滅失登記をしたので、その取消し(ないし土地滅失登記抹消登記申請却下決定の取消し)を求めた抗告訴訟である。被告登記官らは、本案前の抗弁として、原告らは和解契約による権利放棄により本件土地の所有権を失っており、本件処分が取り消されても実体に合致する抹消回復登記を受けることはできないので、原告適格および訴えの利益を有しないと主張した。判決は、本文のとおり判示して、原告らは、かりに持分権を放棄していたとしても、そのような物権変動を登記簿上に正確に表示し、自己の持分権の消滅および他の共有者または国の当該持分権取得につき對抗要件を具備することについて、不動産登記法によつて個別に保護された権利利益を有し、本件滅失登記がされたことで右権利利益を害される関係にあるので、原告適格が認められるなどとして、被告らの右抗弁をしりぞける。もっとも、判決は、本件土地は海面下の土地であつて、私人の所有の対象となる土地(陸地)ではなかつたので、本件滅失登記処分は実体的な法律状態に符合した処分であつて違法でないとして、請求は棄却した。また、原判決の名古屋地裁平成四年三月一八日判決(行集四三卷三号四四一頁、判時一四六八号八三頁)も同様の判断を示していた。

(37) 以前は論じられていた「放棄による物権の消滅」が今では論じられなくなつたといわれる(注(4)を参照)ので、おのずと古いものを中心になる。

(38) いずれも法典調査会において民法の起草委員補助を務めた。さしあたり七戸克彦「現行民法典を創つた人びと(30・完)」法学セミナー六八二号(二〇一一年一月号)五〇〜五三頁を参照。

(39) 松波・仁保・仁井田・前掲(注(1))『帝国民法正解 第四卷』五九六頁。

(40) 松岡義正『民法論 物権法 上册』(明治四一年、清水書店)三二頁。

(41) そのほか、明治二三年の旧民法についてであるが、磯部四郎『大日本新典民法釋義 第二編』(明治二三年、長島書房)二五九頁に、不動産の遺棄が可能であることを前提とする記述がみられる(不動産を遺棄する者があれば、その不動産は財産編二三条二項により国に属するとする)。

(42) 「土地所有權ノ抛棄ニ關スル件(大正一四年二月一八日法曹會決議)」法曹會雜誌三卷四号(大正一四年)九二〜九三頁。注

(53)をも参照。

- (43) 鈴木・前掲(注(4)) 民商法雑誌二七卷六号一二頁。
- (44) 我妻・前掲(注(4)) 法学セミナー七三号三一頁(同著・幾代・川井補訂・前掲(注(4))『民法案内3』二五七頁所収)。
- (45) 匿名・前掲(注(4)) ジュリスト五号二七頁も、ドイツ民法と同じ論法でいけば、登記所に申請して、登記簿に放棄による消滅の記入をしてもらえばよいことなるうかとする。
- (46) 藤巻・前掲(注(13)) 静岡大学法政研究一六卷一〜四号七三頁。
- (47) 不動産所有権の放棄には占有の放棄を要するものとして、中島・前掲(注(17))『民法釋義 卷之二上 物權篇上』二九八頁、占有の放棄を要しないものとして、川名兼四郎『物權法要論』(大正四年、金刺芳流堂)八七、一一二頁、石田文次郎『物權法論』(昭和七年、有斐閣)四三七頁(川名、石田いずれも動産所有権の放棄では物の遺棄も必要だが、不動産所有権の放棄では意思表示のみで足りるとする)。なお、不動産と限定することなく所有権一般についてであっても、学説はわかれる。所有権放棄には占有の放棄を要するものとして、柚木馨『判例物權法總論』(昭和九年、嚴松堂書店)四〇頁、末川博『物權法(新法學全集第八卷)』(昭和一二年、日本評論社)九六頁(占有をも放棄しないと放棄の意思を認め難いのが普通であるとする)、吉田・前掲(注(1))『日本民法論 物權編』二七頁、舟橋諄一『物權法(法律學全集18)』(昭和三五年、有斐閣)五三頁、占有の放棄を要しないものとして、沼・前掲(注(1))『綜合日本民法論(3)』五四九頁注五、我妻榮『物權法(民法講義II)』(昭和二七年、岩波書店)一五六頁、薬師寺・前掲(注(1))『日本物權法新講』四六六頁(特別の明文規定がないことを理由とする)、舟橋諄一編『注釈民法(6) 物權(1)』(昭和四二年、有斐閣)四〇〇頁(二七九条の注釈、徳本鎮執筆)(我妻と注釈民法は、いずれも、占有の放棄その他によつて、放棄の意思が表示されればよいとする)。
- (48) 中島・前掲(注(17))『民法釋義 卷之二上 物權篇上』二九八頁、川名・前掲(注(47))『物權法要論』一一二頁、石田・前掲(注(47))『物權法論』四三七頁、我妻・前掲(注(47))『物權法』一五六頁、舟橋・前掲(注(47))『物權法』五三頁、於保不二雄『物權法(上)』(昭和四一年、有斐閣)一六〇頁。
- (49) 於保・前掲(注(48))『物權法(上)』一六〇頁は、このことへの注意を喚起する。
- (50) 野村豊弘・法学協会雑誌八七卷七・八号(昭和四五年)八九頁。
- (51) 現行規定であれば、不動産登記法(平成一六年法律一二三号)四二条と五七条とが土地ないし建物の滅失の登記を規定し、

登記名義人等が単独で登記申請することになる。

(52) 中島・前掲(注17)『民法釋義 卷之二上 物權篇上』二九八〜二九九頁。

(53) 前掲(注42)法曹會雜誌三卷四号九二〜九三頁。区裁判所(當時、不動産登記事務を掌っていた。)に勤務する一会員からの、放棄者が登記所に出頭して所有権を放棄する旨陳述し適式の申請書を提出すれば、これを受理すべきであると考えが、いかがかとの照会に対し、本文のとおり回答したものである。こうした取扱いを支持するものとして、末川・前掲(注47)『物權法』九七〜九八頁。

(54) 葉師寺・前掲(注1)『日本物權法新講』一〇一頁注四。

(55) 徳本伸一「共有持分権の放棄と登記」幾代通ほか編『不動産登記講座I 総論(1)』(昭和五年、日本評論社)三〇〇頁。徳本伸一は、単独所有権放棄の場合に、放棄者名義の所有権の登記を抹消したうえで、その不動産につき設けられた登記用紙を一旦閉鎖し、改めて新所有者である国のために新しく表示の登記および所有権保存の登記をするという登記手続も考えられるが、こうした登記手続によるべきではないとする(三〇〇〜三〇一頁)。すなわち、このような登記手続は、既登記の不動産について所有権が時効取得された場合について、かつて大正三年に中島玉吉によって主張されていた(中島・前掲(注17))『民法釋義 卷之二上 物權篇上』五七頁)が、昭和四年に杉之原舜一によって、その不動産についての権利変動の過程の公示を中断させる結果になるとして批判され(杉之原舜一『不動産登記法(現代法學全集 第十九卷)』(昭和四年、日本評論社)三三頁、三四頁注二)、徳本伸一もこの批判に与する。

(56) 武石・前掲(注10)月刊登記情報三七卷一〇号一六七〜一六八頁。武石務は、不動産所有権について、所有権を消滅させ不動態を無主とする絶対的放棄ではなく、所有権を一方的放棄により他人に帰属せしめる相対的放棄であるともいう。

このような見方から、不動産所有権放棄を相手方のある単独行為とみて、共同申請によるべきであるものとして、匿名・前掲(注10)登記研究四〇五号表紙裏・裏表紙裏・裏表紙、匿名・前掲(注10)登記研究四一八号九三〜九四頁。

(57) 前掲(注10)登記研究四一八号九二頁、前掲(注10)登記先例解説集二三卷三号一七頁。

(58) 野村・前掲(注50)法学協會雜誌八七卷七・八号八八頁。

(59) 奥村長生・法曹時報二二卷九号(昭和四四年)一六二頁。

(60) 石田喜久夫・民商法雜誌六八卷二号(昭和四八年)一五二〜一五四頁。

- (61) 末弘嚴太郎『物權法 上卷』(大正一〇年、有斐閣) 四二〇頁注五、杉之原・前掲(注55) 『不動産登記法』三三頁、柚木・前掲(注47) 『判例物權法總論』二七二頁、末川・前掲(注47) 『物權法』三四九頁、徳本・前掲(注55) 『不動産登記講座I』三〇一頁、三〇五頁注二二、森泉章『共有持分の放棄と登記』林良平・石田喜久夫編『不動産登記の基礎』基礎法律学大系18』(昭和五年、青林書院新社) 一七〇頁、藤谷定勝『持分放棄と登記』田中康久編著『不動産登記制度と実務上の諸問題』不動産登記制度百周年記念 上卷(昭和六年、テイハン) 四二八〜四二九頁、長秀之『移転登記、保存登記(5)』岡崎彰夫・白石悦穂編『裁判実務大系 第十二卷 不動産登記訴訟法』(平成四年、青林書院) 一九三頁、最近であれば前掲(注16) 『新版注釈民法(7)』四六四頁(二五五条の注釈、川井執筆)。
- (62) 同旨、宮内竹和・前掲(注1) 最高裁昭和四二年六月二日判決評釈・家族法判例百選 新版(別冊ジュリスト40)。(昭和四八年、有斐閣) 二六二頁、徳本・前掲(注55) 『不動産登記講座I』二九八頁。
- (63) 谷田貞三郎・判例評論一〇号(昭和四三年) 二七〜二九頁。
- (64) 石田・前掲(注47) 『物權法論』四三七頁、四三八〜四三九頁注二。
- (65) 近藤・前掲(注19) 『物權法論』二六頁(裁判例や学説の援用はない)。もっとも、別の箇所では、私人が所有不動産を一方的に放棄できるかどうかは、明確な根拠がないとして、前出(注53) の大正一四年法曹會決議を引用する(七一頁)ので、是非を明らかにしていないというべきかもしれない。
- (66) そのほか、林・前掲(注19) 『物權法』一二四頁は、不動産の所有者がその所有権を放棄できるかどうかは疑問があるとし、匿名・前掲(注10) 登記研究四一八号九四頁は、土地所有権放棄は、売買や贈与では引取り手のない土地で生じることが多いので、土地所有権放棄は権利濫用や第三者の権利侵害に当たる可能性が強いとする。
- (67) 前掲(注10) 民事月報二一巻一号一五五〜一五六頁。
- (68) 我妻榮著・有泉亨補訂『新訂 物權法(民法講義II)』(昭和五八年、岩波書店) 二四九頁。有泉亨による補訂前の我妻・前掲(注47) 『物權法』(昭和二七年、昭和四三年二五刷)(一五六頁が相当)にはこの記述はみられない。二にみたように、遺骨または遺骸の所有権放棄の公序良俗違反性をいう裁判例があるが、この有泉補訂書は、公序良俗違反の例として、こちらは挙げずに、危険な工作物の放棄のみを挙げる。また、これを公序良俗違反とする理由は示されていない。
- (69) 匿名・前掲(注10) 登記研究四〇五号表紙裏は、この事例は神社の所有権放棄が公序良俗違反であったと思われると推測し

たうえて、この先例を一般論とすることはできない、回答も「所問の場合は」と限定しているとする。匿名「土地の所有権の放棄（通達余話）」登記先例解説集一九卷八号（昭和五四年）四〇〜四二頁、武石・前掲（注10）月刊登記情報三七卷一〇号一六七頁も同旨。

(70) 柚木・前掲（注47）『判例物権法總論』四二頁。

(71) 匿名・前掲（注10）登記研究四〇五号表紙裏、匿名・前掲（注10）登記研究四一八号九三頁、高見・前掲（注10）登記先例解説集二三卷三号二〇、二五〜二六頁。

(72) 注(1)を参照。

(73) 高見・前掲（注10）登記先例解説集二三卷三号二三〜二四、二七頁。

(74) さしあたり、石田剛・武川幸嗣・占部洋之・田高寛貴・秋山靖浩『民法Ⅱ 物権』（平成二二年、有斐閣）一二九頁（秋山執筆）を参照。なお、同条にいう「処分」の意味につき、広中俊雄『物権法 第二版増補（現代法律学全集6）』（昭和六二年、青林書院）三七四〜三七五頁をも参照。

(75) かりに捨て方のルールに抵触する捨て方であったときでも、ルール抵触により一定の責任が課せられることは格別、捨てたことと法律効果（所有権放棄による所有権消滅）は、そのまま生じているといつてよいだろう。たとえば、要らなくなった自転車を追端に乗り捨てたとき、その自転車は無主となり、だれか第三者が所有の意思をもって占有すれば、その者は、無主物先占によりその自転車の新所有者となる（民法二三九条一項）。自治体のゴミ出しのルールに従わない自転車の捨て方ではあるうが、民事上、所有権放棄による所有権消滅の効果は生じているからである。

(76) すでに、石田・前掲（注60）民商法雑誌六八卷二二一〜二二五頁がこのことを指摘する。清水滙・松尾英夫・三井龍雄「共有者のうちの一人がその持分の一部を放棄することの可否（事例研究）」登記先例解説集一一卷四号（昭和四六年）八一、八二頁をも参照。

(77) その意味では、学説で、固定資産税の負担を嫌って不動産所有権を放棄することは公序良俗違反とはいえないとされるのは正しいが、前出（注67）の昭和四一年法務省民事局長回答が崩壊寸前の崖地の所有権放棄を許されないとしたのは正しくないように思う。

(78) ちなみに、ドイツでは、土地所有権放棄の制度が明文でもって民法に規定され、そこでは、登記されることが土地所有権放

棄の要件とされる(九二八条一項)。

(79) 判例は登記引取請求権を認め(最高裁昭和三六年一月二四日判決(民集一五卷一〇号二五七三頁)、学説もこれを支持する。さしあたり、山野目章夫『不動産登記法』(平成二年、日本評論社)五二七頁、前掲(注32)『不動産登記法(新基本法コンメンタール)』一八九頁(六〇条の注釈、安永政昭執筆)を参照。

(80) なお、匿名・前掲(注69)登記先例解説集一九卷八号四二頁、匿名・前掲(注10)登記研究四〇五号裏表紙、武石・前掲(注10)月刊登記情報三七卷一〇号一六九頁は、登記引取訴訟の可能性をいいつつも、訴訟での裁判所によるチェックや判断をいうので、登記引取請求が原則的に認容されるべきものとは考えていないようである。

(81) 不動産について所有権放棄を認めることに躊躇されるのは、当該不動産を所有することによる負担が、新所有者である国にまるまる転嫁されることにある。その意味では、不動産を「捨てる」場合の費用負担ルールが、粗大ゴミを捨てる場合と同様に整備される必要がいづれ出てくるのではないか。

(82) たとえば、横田秀雄『物権法 改版増補第六版』(明治四二年、清水書店)三四二〜三四四頁は、不動産について、動産と異なり、無主物先占が認められない理由の一つとして、土地は公法上、国の基礎たる領土を構成するので、国の領土内にある無主の土地は私法上も国の所有とするのが正当であると説明する。もともと、公法と私法とを峻別しないこうした立場は、領土主権と土地所有権とを同視した誤謬との批判(松岡義正『民法論 物権法』(昭和五年、清水書店)四九九〜五〇〇頁)を受けている。

(83) 甲斐道太郎・稲本洋之助・戒能通厚・田山輝明『所有権思想の歴史(有斐閣新書)』(昭和五四年、有斐閣)二〇三頁(甲斐執筆)、甲斐道太郎『不動産法の現代的展開』(昭和六一年、法律文化社)一一四〜一一五頁を参照。土地公有論については、さしあたり、日本土地法学会編『ヨーロッパ・近代日本の所有観念と土地公有論(土地問題双書21)』(昭和六〇年、有斐閣)を参照。

(84) 無主の不動産は国の所有に属するとする民法二三九条二項に、すでにこのことが思想としてあらわれているともいえよう。

(85) ちなみに、明治三年の旧民法は、財産編二三条二項において、所有者のない不動産および相続人なく死亡した者の遺産は当然に国に属すると規定していた。

(平成二五年一月二日脱稿)