

マンシヨンは所有権放棄できるか

——ドイツ法を参考に——

田 處 博 之

目 次

- 一 はじめに
- 二 わが国の法状況
- 三 ドイツにおけるマンシヨン所有権の放棄
 - (1) 連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定
 - (2) 学説による評価
 - (3) 住戸所有者は、どのようにして、その地位から逃れることができるか
 - (4) 若干の整理
- 四 むすびに代えて——日本法への示唆——

- (1) 日本法でも所有権放棄できない？
- (2) どうやったら「捨てられる」？
- (3) 付論…今後、どうあるべきか？

一 はじめに

マンションの所有者は、その所有権を放棄することができるか。⁽²⁾

不動産であれば、その所有者は、その物を自由に捨てることができる——もちろん捨て方のルールがあるときは、そのルールに従って捨てなければならぬので、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いならば)、という限定付きではあるが⁽³⁾。そして、実際に所有者がその物を捨てれば所有権を放棄した⁽⁴⁾といつてよいだろう。

不動産についてはどうか。不動産といえは、通常は大きな財産的価値を有するから、その所有権を放棄したいなどという事態は、普通は考えにくいかもしれない。しかし、都市圏の中心部は別として、過疎化の進む地方や、都市圏であっても郊外では、不要になった不動産を処分しようと売りに出しても買い手がつかないことがあり、空き家がタダでやり取りされる例もあるようである。⁽⁵⁾

不動産であっても、土地でなく建物であれば、建物は取り壊してしまえば目的物滅失により所有権が消滅するので、⁽⁶⁾

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。⁷⁾したがって、建物については、所有権放棄できるかどうかを論じる実益は、あまり大きくなさそうである。所有権放棄などということせずとも、建物を取り壊してしまえば、所有者としての地位を終了させることができるからである。これに対して、土地は物理的に捨てることはできないし、建物のように取り壊すこともできないので、どうしても引き取り手が見付からない場合に、所有権放棄できるかどうかを考えておく必要がある。

マンションも建物ではあるが、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、引き取り手がどうしても見付からない場合につき、やはり所有権放棄の可否を考えておく必要がある。むしろ、所有権放棄の可否を検討すべき実務的必要性は、土地以上に大きいかもしれない。マンションでは固定資産税だけでなく、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し、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、売却しようにも買い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、売値を下げればそれなりに買い手が出てこようが、老朽化した中古マンションの一部はすでに売れない状況を迎えていて、⁸⁾いずれ、お金を取って売るのではなく、逆にお金をつけて引き取ってもらわなければならないなど、冗談のような話しも巷では語られている。¹⁰⁾

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る）、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改造などを通じて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、取壊さないし建替えのためのハードルは決して低くない。¹²⁾そのためには、取壊すだけ（再築しない）なら区分所有者全員の合意が必要だし、¹³⁾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、高経年マンションだと住民も高齢化して、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（あるいは少なくとも）済むが、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ないからである。解体するだけでも、（戸建てではなく）マンションであるから高額の費用が発生しよう。かくして、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所有者は、そこに住み続けるのならまだしも（居住利益は一応、得られる。）、そうでなければ、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ろう。）、マンションは負の資産と化するのである。¹⁴

かりに、不動産について所有権放棄できるとしたら、そのあと、どうなるか。すなわち、所有権放棄されて、所有者がいらない状態となったあとの取り扱いである。そうした状態を無主というが、わが民法は、所有者のない不動産は国庫に帰属すると規定する（二三九条二項）ので、所有権放棄されて無主となった不動産は、即座に国のものとなる。しかし、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。¹⁵ そもそも、わが民法では、不動産にかぎらず、およそ物一般について、所有権放棄できると明文で規定した条文がない。¹⁶ 明治二三年の旧民法は、財産編四二条五号において、「物ヲ處分スル能力アル所有者ノ任意ノ遺棄」により所有

権は消滅すると規定していたが、現民法には引き継がれなかった。このことをもって、現民法の立法者は、所有権放棄できないものと考えた、とみるべきではなく、むしろ、物について所有権放棄できることは当然のことであって、あえて条文化されなかった、とみるのが素直であろう。ただ、動産であれば、たしかにゴミ箱にポイできる、所有権放棄できることは当然としても、こと、不動産についてはどうか。動産と同じように所有権放棄が可能なのは、やはりよく見えないところがある。

不動産所有権の放棄が可能であるとすると、民法二三九条二項の規定があるから、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。所有権放棄されるような不動産は通常、無価値で、利益をもたらずどこか負担にしかないであろうから、不動産所有権放棄の可否の問題は、そうした負の財産を、所有権放棄を通じて国に引き取らせることが可能か、という問いでもある。

この問題についてわが国の裁判例や学説が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筆者はすでに概観したことがある。¹⁷⁾ なおはつきりしない部分はあるものの、一般論としておよそ不動産所有権の放棄は許されない、とみることは無理があるようであった。¹⁸⁾

もつとも、前稿では、土地を一人で単独所有する土地所有権を念頭に不動産所有権放棄の可否を扱い、マンションの所有権放棄についてはまったくみることではできなかった。

不動産所有権放棄の可否について、筆者は、ドイツにおける法状況を概観したこともある。¹⁹⁾ ドイツでは、民法(Bürgerliches Gesetzbuch. 以下、BGBと表記する。)が、土地について所有権放棄の制度を明文でもって規定している。²⁰⁾

すなわち、BGBは、「第三編 物権法」「第三章 所有権」「第二節 土地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。

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。

同条のもとでの彼地の法状況は、概括的にいうと以下のようであった。すなわち、(1)土地所有権放棄の制度が明文でもって規定されている法制のもと、実際にも、土地所有権の放棄は、ほぼ自由に認められていて、土地を所有し続けることの負担から免れようというだけでは良俗違反とはされていない。また、(2)所有権が放棄されたあとは、土地はとりあえず無主となり、国(その土地の存在するラントの国庫をいう。ドイツ法につき以下、同じ。)に先占権が認められるところ、利用価値のある土地ならば、国が先占権を行使して国有となったり、第三者が国の先占権を譲り受けて行使することで、無主の状態から脱するのに対し、国からも第三者からも見向きもされないような土地だと、先占権は行使されないし、先占権を譲り受けようとする者も現れないので、無主の状態が続くことになる(もし、そこで国が先占権を放棄すると、私人だれもが先占できるが、国が先占権を放棄せず、行使していないだけでは、私人が先占することはできない⁽²¹⁾)。

ここでも、筆者は、土地を一人で単独所有する場合の土地所有権放棄のみを扱い、マンシヨンの所有権放棄についてはまったくみることができなかった。このことについて、ドイツでは、土地を単独所有する場合の所有権放棄とはまた違った議論がある。本稿は彼地での法状況を紹介すること⁽²²⁾で、わが国での今後の議論への示唆を得ようとするも

のである。²⁴⁾

二 わが国の法状況

まず、わが国の乏しくはあるが学説が、マンション所有権の放棄の可否等についてどのような態度で臨んでいるかを見ておこう。

わが国でマンションの所有権といえ、(a)建物の「専有部分」(マンションの住戸部分)に対する単独の所有権(区分所有権)と、(b)それ以外の建物部分である「共用部分」に対する共有持分権、および、(c)建物の「敷地」に対する敷地利用権(敷地の共有持分権など)の三つがワンセットになったものである。²⁵⁾区分所有法一五条および二二条が基本的に分離処分を禁止しているので、所有権放棄するのであれば、これら三つをセットにして放棄することになる(これら三つのうち、一部だけを放棄することはできない。²⁶⁾)。

さきに一では、わが民法には、およそ物一般について(不動産であると動産であるとを問わず)所有権放棄について規定した条文はないと書いたが、一つの物を一人が所有する単独所有ではなく、共有物に対する持分権であれば、放棄が可能であることが条文上、前提とされていて、すなわち、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。そうすると、マンションの所有権が放棄されると、そのうち(a)専有部分は無主の不動産として民法二三九条二項により国の所有となるのに対し、(b)共用部分の共有持分権や(c)区分所有者が敷地を共有している場合の)敷地利用権は他の共有者に帰属することになってしまう。

しかし、それは、分離処分を基本的に禁止して、三者の一体性を確保しようとした区分所有法の趣旨に照らすと、

適切でない。そこで、区分所有法一二条は、(b)共用部分に対する共有持分権について、区分所有法一三条〜一九条の規定によることとして、民法の共有に関する規定(二四九条〜二六二条)の適用を排除するとともに、区分所有法二四条は、(c)敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である(すなわち、区分所有者が敷地を共有している、または、敷地の賃借権等を準共有している)場合に、民法二五五条の適用を排除する。したがって、(b)共用部分の共有持分権や(c)区分所有者が敷地を共有している場合の⁽²⁶⁾敷地利用権は、放棄されると、持分が他の共有者に帰属することにはならず、(同時に放棄された(a)専有部分とともに)⁽²⁸⁾無主として国に帰属することになる。

このことをいう学説は少なくないが、それらの記述は、マンション所有権の放棄が可能であることを前提としたものとはいえ、マンション所有権の放棄の可否という問題の存することを意識しつつ、所有権放棄を可と判断したとまてみるのは無理であろう。なかには、マンション所有権の放棄は可能であると表現上、明言するものもあり、すなわち、石田喜久夫は昭和五九年に、『基本法コンメンタール』のなかで、「分離処分が禁止されている場合であっても、専有部分と敷地利用権とを同時に放棄することは可能であり、その場合には、本条により両者とも無主物となり、民法二二九条二項の定めるとおり国庫に帰属することとなる」とする⁽²⁹⁾。しかし、この記述も、(a)専有部分放棄を可能と明言するものでは(表現上)あるにしても、(a)専有部分と(c)敷地利用権とを同時に放棄するのであれば分離処分にはあたらないので、分離処分禁止に抵触しない、ということをいつているに過ぎないと読むべきだろう。

以上に対し、マンション所有権は放棄できるかという問題意識のもとに、その可否に言及する学説も一部にみられる。すなわち、昭和五八年の区分所有法改正の立案作業に従事した濱崎恭生は、昭和六〇年に、法曹時報連載の「建物の区分所有等に関する法律の改正について」のなかで、(専有部分と敷地利用権の一方のみを放棄することは分離処分にあたるから、許されないが、)専有部分と敷地利用権とともに放棄した場合は、両者とも国庫に帰属することにな

る、とするものの、ここでは「そのような放棄が許されるものとすれば」と留保を付するとともに、不動産所有者が所有権を放棄できるかどうかは問題があるとする。⁽³²⁾

元裁判官である青山正明も、平成一九年に『新版注釈民法』のなかで、専有部分の所有権の放棄を可能と解するとき、区分所有法二四条がある結果として、専有部分の所有権および敷地利用権は、放棄により、ともに国庫に帰属するが、「専有部分の所有権の放棄が可能かどうかについては問題の存するところである」とし、専有部分の所有権の放棄を不可能と解するときは、同条の適用の余地はない（同条は、放棄でなく、区分所有者が相続人なくして死亡した場合に重要な意味がある）とする。⁽³³⁾ 裁判官である大内俊身も、平成九年に青山正明編『区分所有法（注解不動産法第五卷）』のなかで、同様の趣旨を述べて、「不動産所有権（専有部分）を放棄することができるか、また、放棄できるとすれば、いかなる方法ですべきかは問題である」とする。⁽³⁴⁾

これらはいずれも、マンション所有権の放棄を不可と断じるものではないが、果たしてそれが本当に可能なのか、疑いの目でもって見ているかの印象がある。⁽³⁵⁾

裁判例はどうか。——筆者に見落としがなければであるが——マンションについて所有権放棄の可否が争われた裁判例は、まだ見当たらない。

筆者は、かつて、所有権放棄により無主となって国庫帰属した不動産について、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（情報公開法）に基づき各地の財務局から資料の提供を受け、その内容を紹介したことがあるが、マンションが所有権放棄されて国庫に帰属した（裁判例でなくて）実例も、少なくとも平成二三年度から平成二七年度までの五年間においては、存在しなかった。しかし、所有権放棄でなく、相続放棄によって国庫に帰属したマンションであ

れば、裁判例ではないが、実際に複数、例がある。その事案内容はすでに別稿で紹介したところであるが、所有権放棄によってではないが、相続放棄によって国有化されたマンションがすでに実際に存在することは、銘記しておきたい。

三 ドイツにおけるマンション所有権の放棄

(1) 連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定⁽³⁸⁾

ドイツでは、マンション所有権の放棄は認められていない⁽³⁹⁾。一でもみたように、BGBが土地について、所有権放棄を明文で許容している(九二八条)のと、対照的である。マンションについて、条文の文言上、所有権放棄が許されない⁽⁴⁰⁾と明記されているわけではないが、現時の判例・通説はこれを否定に解しているのである。このことを詳細に論ずるのが、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定である。以下に紹介するが、その前に、マンション所有権をめぐるいくつかの基本的概念について、ここで簡単に確認しておこう。

ドイツにおいて、住戸所有権(Wohnungseigentum)とは、土地とその上の建物とを一体の不動産とする法制⁽⁴¹⁾のもと、住戸に対する特別所有権(Sondereigentum)であって、それが属する共同財産(gemeinschaftliches Eigentum)に対する共有持分と結合したものである(住戸所有権法(Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht(Wohnungseigentumsgesetz)。以下、WEGと表記する。)一条二項)。共同財産とは、土地⁽⁴²⁾ならびに、特別所有権や第三者の所有権の目的ではない建物の一部、施設および設備をいう(WEG一条五項)。

建物によっては、住戸ではなく、店舗や事務所など居住目的に供されない空間がある場合もあり、部分所有権 (Teileigentum) とは、そうした空間に対する特別所有権であって、それが属する共同財産に対する共有持分と結合したものである (WEG 一条三項)。なお、本稿では、以下、住戸所有権と部分所有権とを総称して住戸所有権等と表記し、また、住戸と、居住目的以外に供される空間とを総称して住戸等と表記することがある。

特別所有権および共同財産を有するのが住戸所有者 (Wohnungseigentümer) である (WEG 一〇条一項)。住戸所有者相互の関係は、WEG の規定と、WEG が特段の規定を置いていないかぎりでは、BGB の共同関係 (Gemeinschaft) についての規定によって規律される (WEG 一〇条二項一文)。共同関係とは、一つの権利が複数の者に共同に帰属する関係であり、BGB は「第二編 債務関係法」「第八章 個々の債務関係」に「第一七節 共同関係」(七四一―七五八条) を置くとともに、「第三編 物権法」「第三章 所有権」に「第五章 共有」(一〇〇八―一〇一一条) を置いて、これを規律する。なお、住戸所有者の共同関係 (Gemeinschaft der Wohnungseigentümer) は、団体としての意味合いを有する場面もあり、そうした場面では住戸所有者共同体などと訳出した方が適切かもしれないが、本稿では統一的に住戸所有者共同関係と訳出してある。

連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定の紹介に戻ろう。これは、住戸所有者が、公証人によって公証された書面でもって、「BGB 九二八条による土地に対する」放棄の意思表示を行い、必要なすべての登記を土地登記簿にするよう申請したところ、土地登記所は、この申請を、住戸所有権の放棄の登記に向けられたものと解釈し、住戸所有権は放棄できないとの理由によりしりぞけたため、これに対し住戸所有者が抗告したものである。本件の住戸所有者がどのような事情から所有権放棄を試みたのかは不明だが、一般に、住戸所有権が売却困難である場合や、住戸所有者

共同関係が財政困難に陥って負担分担義務から逃れようという場合に所有権放棄が試みられるといわれている（本件⁴⁴の場合にどうであったのかはまったくわからない）。

ラント裁判所は抗告をしりぞけたが、これを不服とする住戸所有者の再抗告をデュッセルドルフ上級ラント裁判所は認容したい考えであった。しかし、そのためには他の上級ラント裁判所（バイエルン最上級ラント裁判所、ツヴァイブリュッケン上級ラント裁判所、ツェレ上級ラント裁判所）の決定が障害になると考えて、デュッセルドルフ上級ラント裁判所は、二〇〇七年二月六日呈示決定⁴⁶により、本件を連邦通常裁判所の判断に委ねた。⁴⁷

連邦通常裁判所は、まず、デュッセルドルフ上級ラント裁判所から本件の判断を委ねられたことについて、BGB九二八条一項の規定の解釈が分かれていることを理由とするもので、正当とする。⁴⁸ それに際して、連邦通常裁判所は、住戸所有権放棄の可否をめぐり上級ラント裁判所間で見解が対立していることを整理して、以下のようにいう（以下、引用部における脚注や付番は筆者による）。

バイエルン最上級ラント裁判所、ツヴァイブリュッケン上級ラント裁判所、ツェレ上級ラント裁判所は、住戸所有権等は放棄できないとする。すなわち、住戸所有権等は、法律上成立する債務関係の枠内で、住戸所有者相互の義務——とくに、共同の負担や費用を持分に応じて負わなければならないとするWEG一六条二項の義務——と結合している。WEG一一条の規定する共同関係の非解消性は、この法定の債務関係を一方的に終了させることができないことを保障する。^{a①}住戸所有権等の放棄を可とすると、この非解消性原則は破られてしまうだろう。^{a②}住戸所有権等の放棄を可とすると、住戸所有者は、土地所有権に結び付いた公法上の義務からだけでなく、住戸所有権と不可分に結び付いた、住戸所有者共同関係に対する義務からも免れることになってしまうだろう。住戸所有者共同関係に対する義務は住戸所有権と直接に結び付いていて、住戸所有権なくしては存続でき

ないので、この義務を維持するには、住戸所有権等の放棄を許されないとするしかない。

ここでいわれるWEGの一六条二項と一一一条とは、住戸所有権の放棄の可否が論じられるときにしばしば引き合いに出される重要な条文である。簡単に紹介しておこう。WEG一六条二項は、「各住戸所有者は、他の住戸所有者に対して、共同財産の負担、ならびに、共同財産の維持、修理、その他の管理および共同利用の費用を、その持分（二文）に応じて負担する義務を負う」と規定して、住戸所有者の負担分担義務をいう。

また、WEG一一一条は、一項において「住戸所有者は、共同関係の廃止を請求することができない。このことは、重大な理由による廃止であっても同様である。これに反する規約は、建物の全部または一部が滅失し、かつ、再建の義務が存しない場合にのみ、許される」と規定して、住戸所有者共同関係の非解消性をいう。⁵⁰ 存続保障の趣旨であり、すなわち、普通の持分共同関係がいつでも廃止請求できる（BGB七四九条一項）のと異なり、住戸所有者共同関係は持続的であって、保障された法的地位を住戸所有者に認め、住戸所有権の価値不変性および取引適性を保障する趣旨であり、⁵³ とくに居住（部分所有権の場合は、職業の遂行）および所有権の領域での基本権保護を目的とする。⁵⁴ 所有権が経済的に不利な強制的換価から保護されることで、所有者は、住戸所有者共同関係がその意思に反して解消され、住戸所有権を失ってしまうことを恐れなくてすむわけである。⁵⁵

これに対して、住戸所有権の放棄を可とするデュッセルドルフ上級ラント裁判所の見解については、連邦通常裁判所は、以下のように紹介する。⁵⁶

デュッセルドルフ上級ラント裁判所は、住戸所有権放棄を土地登記簿に登記できるとする。すなわち、**b1** WEG一一一条が規定する共同関係の非解消性は、住戸所有権等の放棄に効力を認めることの妨げにならない。同条は、住戸所有権の取引適性とその魅力を高める趣旨であり、そこでは、共同関係に持続性がもたせられ、したがって、

個々の所有者が共同関係の廃止を推し進めたり、住戸所有権に体现された価値を一方的に「ぶち壊す」ことは不可能とされている。住戸所有権に体现された価値とは、共同財産に対する共有持分が住戸等に対しての特別所有権と結び付いたものである。WEG六条は、共有持分と特別所有権との結合は原則、解くことはできないと規定することで、持続性という目的を追求している。しかし、こうした関連性は、住戸所有権全体を、つまり共有持分と特別所有権とを所有権放棄することによっては害されない。また、放棄によって、他の住戸所有権がその価値を「ぶち壊され」るものでもない。住戸所有権の所有権放棄は、共同関係の破壊を招かない。⁵⁸⁾ **b②**WEG一六条二項も、住戸所有権等の放棄の有効性を否定するものではない。⁵⁹⁾

なお、連邦通常裁判所による整理では紹介が割愛されているが、デュッセルドルフ上級ラント裁判所二〇〇七年二月六日呈示決定は、右に紹介された以外にも、（右紹介部分の直前において）以下のようにいつていた。⁶⁰⁾

バイエルン最上級ラント裁判所等の見解によると、住戸所有者の「共同関係からの脱退」が事実上、住戸所有権の売却によってしか可能でないということになりかねず（WEG一条がBGB七四九条による共同関係の廃止請求権を排除しているし、また、学説で主張される、BGB二四二条、三一二条による共同関係の廃止ないし部分廃止請求権は事例が限られていて、住戸所有権が経済的無価値性により売却できないという事例は該当しないので）、処分可能性をそのように制限してしまう住戸所有権理解が**③**基本法一四条の所有権保障と相容れるかどうかは、少なくとも疑問があると思われる。しかし、このことは決定を要しない。

連邦通常裁判所は、デュッセルドルフ上級ラント裁判所が、土地の共有持分の放棄が許されるべきことを援用していることをも紹介する。⁶¹⁾ なにゆえ、ここで土地の共有持分の放棄の可否が持ち出されてくるかという点、ドイツにおいて、住戸所有権が、伝統的に、土地の共有持分を基軸とするものとして理解されてきたからである。⁶⁵⁾

デュッセルドルフ上級ラント裁判所は、いう。^{c①}すでに立法者は、土地の共有持分を放棄することは許されずと解していた。^{c②}共有持分が放棄されても、他の共有者の利益が不当に害されることにはならない。なぜなら、放棄者の共有持分は国庫や第三者が先占でき、放棄された共有持分にかかる義務は新たな持分権者に課せられるし、また、かりに放棄された持分を誰も先占しない場合でも、他の持分権者が共同の物の負担や費用を負わなければならないのは、B G B 七四八条⁶⁷により、自分の持分に応じてだけだからである。^{c③}持分を自由に処分できるという共有者の権限を、B G B 七四八条による債務法上の権利義務にかんがみ、物権法上制限して、放棄という共有持分処分を無効とすることは、所有権が債務法上の義務から無因であることに反する。これらのことは、住戸所有権等の放棄にも妥当する。

このように上級ラント裁判所間で見解が対立しているなか、連邦通常裁判所は、以下にみるように、結論として、個々の住戸所有者が自分の住戸所有権を放棄することはできないとする。

これはどのような考えによるものであったか、少々長くなるが、以下にその論理を紹介しよう。

連邦通常裁判所は、まず、土地の共有部分を個々の共有者が放棄することはできないとする判例法理を援用する。

連邦通常裁判所は、一九九一年六月七日判決⁶⁸においてこのことを判示し、その後、二〇〇七年五月一日決定⁶⁹がこれを踏襲していた。連邦通常裁判所は、同決定がその理由として挙げていたこととして、^{d①}土地の共有持分の放棄を認めることは、B G B 九二八条二項の規制にかんがみると、すでに概念上、困難であること、^{d②}共有は、物権法上の関係に尽きるわけではなく、相互的な権利義務を基礎づける共有者共同関係に参加することを同時に内容とし、各持分権者は、共有者共同関係が合法的に廃止されるまで、この共有者共同関係に拘束されること、共有持分の放棄を不可とすることは、^{d③}B G B 九二八条規定の成立史と矛盾せず、^{d④}所有者のB G B 九〇三条一文による所有者の権限を

不法に制限してはいないことを紹介する。⁽⁷⁴⁾

そのうえで、連邦通常裁判所は、^{e1}住戸所有権等の放棄についても同じことが妥当するとして、以下のようにいう。⁽⁷⁶⁾

住戸所有権等は、WEG一条二、三項の定義によれば、住戸等に対する特別所有権であって、それが属する共同財産に対する共有と結合したものである。共同財産とは、WEG一条五項によれば、なにかんづく土地であって、土地に対する共有(BGB一〇〇八条)が住戸所有権等の基礎であり(このことは、WEG三条一項や八条一項⁽⁷⁷⁾での住戸所有権等の成立についての規制から明らかである)、共同の土地に対する共有持分なくしては、住戸所有権等は存しない(WEG六条参照)。個々の共有者は、土地に対する共有を放棄できない以上、住戸所有権等も放棄できないことになる。

連邦通常裁判所は、これに続けて、こうした概念的な(Dogmatisch)考察方法を措いたとしても、住戸所有権等の放棄が可能との結論にはならない、とする。すなわち、WEGの諸規定が住戸所有者等の権利義務を規制して、所有者は、所有権譲渡によらずして、一方的に所有者共同関係から抜け出ることはできないこととしているので、住戸所有権等の放棄を可とすることはできない、というのである。⁽⁷⁸⁾

連邦通常裁判所は、このことを詳述して、以下のようにいう。連邦通常裁判所は、まず最初に、^{e2}住戸所有権等が、放棄によって無主となるかどうか、を論ずる。⁽⁸⁰⁾

これを肯定する主張も散見されるが、問題がある。なぜなら、BGBは、無主という概念を、動産や土地に対する所有権の放棄にのみ結び付けていて(BGB九二八条、九五八条以下)、この考えによれば、権利は、放棄されると無主になるのではなく、消滅するからである。物権法上は、放棄により住戸所有権等が権利主体を失うと観念されるとしても、そのように観念することは、住戸所有権等が——共有もそうなのだが——物権法上の関係

に尽きず、同時に、双方向的な権利義務を基礎づける住戸所有者等の共同関係への参加を内容とするがゆえに不可能である。こうした構成員としての地位については、権利主体がいないと観念することはできず、放棄されたとしたら、この地位は、むしろ、消滅するといわなければならない。

では、^{e③}住戸所有者共同関係の構成員としての地位の消滅を認めてよいか。連邦通常裁判所は、以下のようにいう。⁽⁸¹⁾これを認めてはWEGの規制を潜脱することになるので、認めることはできない。住戸所有者共同関係の構成員としての地位が消滅したら、住戸所有者共同関係の廃止を招くことになる——デュッセルドルフ上級ラント裁判所は、これに反対の見解だが——。なぜなら、住戸所有者共同関係の存続は、共同の土地に対する共有持分が相合わさって一個の全体となっていることをも前提とするところ、住戸所有権等が消滅したら、必然的に、共同の土地に対する共有持分も消滅し、この前提を欠いてしまうからである。

^{e④}住戸所有者共同関係の廃止を認めてよいかというところについては、すでにWEG二一条一項が明記するところである。連邦通常裁判所は、いう。⁽⁸²⁾

住戸所有者等は、共同関係の廃止を求めることは、——普通の共有者共同関係における(BGB七四九条一項)と異なり——できない(重大な理由によるものであっても)(WEG二一条一項一、二文)。この原則と異なる内容の規約が許されるのは、建物が完全にまたは部分的に破壊され、再建義務が存しない場合だけである(同項三文)。住戸所有権等の放棄を許容すると、こうした規制を無視することになるが、このことは正当化できない。

^{e⑤}住戸所有者共同関係の廃止請求が認められていないことは正当か。連邦通常裁判所は、以下のように述べてこれを是認する。⁽⁸³⁾

抗告人は基本法二四条違反をいい、デュッセルドルフ上級ラント裁判所もこれを考慮するが、あたらない。W

EGは、共同関係の廃止を求める権利や、これを規約に定める権利（例外事例を除く。）を排除しているところ、^{e⑤₁}住戸所有権等を設定ないし取得する者は、こうした権利を自由意思で放棄している。所有者としての権限が制限されているわけでもない。^{e⑤₂}住戸所有権等を売却することが可能である。たしかに購入希望者がいなくて売却不能となることがあり得るとしても、それは純粋に経済問題であつて、所有者が甘受すべきことである。

^{e⑤₃}放棄したい所有者が未来永劫、所有者共同関係に拘束されるわけでもない。所有者共同関係の廃止を求める権利がないからといって、所有者共同関係の解消が不可能となるわけではない。所有者共同関係は、^{e⑤₃₁}WEG四條による特別所有権の廃止を通じて、^{e⑤₃₂}すべての住戸所有者による廃止の約定を通じて、また、^{e⑤₂₃}WEG四條による一方的な廃止請求を通じて解消することができる。また、^{e⑤₃₄}デュッセルドルフ上級ラント裁判所が強調する、住戸所有権等に経済的価値がないゴミ不動産（Schrottimmobilie）の事例では、建物が一定程度以上に経済的価値を失っているときは、建物再建への共働を他の所有者に強いることはできないとするWEG二二條二項の基礎^{e⑤₃₅}にある考え方にかんがみ、信義誠実（BGB二四二條）により、所有者共同関係の廃止を他の所有者に対し求める権利が考慮の対象になる。

これらすべての事例では、^{e⑤₄}住戸所有者共同関係の廃止とともに、土地に対する持分共同関係が成立し、各共有者はその廃止をいつでも要求できる（BGB七四九條一項）。かくして、住戸所有者が所有権放棄を通じて一方的に、所有者共同関係を廃止できるという手段を、法律規制に反して認める必要性はない。

ここで、連邦通常裁判所は、^{e⑤₃}住戸所有者共同関係を解消する方法としていくつかの可能性を指摘しているが、そのうち、^{e⑤₃₃}WEG一一條一項三文による一方的な廃止請求については、少々説明を要しよう。^{e⑤₃₆}WEG一一條一項により、住戸所有者は、共同関係の廃止を請求することは許されていない。このことは、建物の全部または一部が滅失し

再建の義務がないときであっても同様であるが、規約にこれと異なる内容の定めがある場合はこのかぎりでない。

WEG二二条四項が「建物がその価額の二分の一を超えて滅失し、かつ、損害が保険その他の方法によって填補されない場合は、再建を二一条三項により決議し、または、二一条四項により請求することはできない」と規定する⁽⁸⁷⁾ので、建物がこのように大規模に滅失し保険その他による損害填補もない場合は、住戸所有者は、建物の再建を、多数決や、他の住戸所有者からの請求によって強いられることはない。再建の膨大なコストから住戸所有者を保護する趣旨である⁽⁸⁸⁾。そうした場合に、それでも建物を再建しようというのであれば、住戸所有者全員の合意が必要となる。WEG一一条一項は、住戸所有者共同関係の非解消性からその廃止請求を認めないことを原則としつつ、例外的に、右のように建物の全部または一部が滅失し再建義務がない場合にかぎって、規約にその旨の定めがあるのであれば、住戸所有者共同関係の廃止請求を許容するのである。

なお、建物の全部または一部が滅失し再建義務がないからといって、住戸所有者共同関係が自動的に消滅するのではなく、WEG一一条一項三文による廃止請求を待つことになる⁽⁸⁹⁾。実際に廃止請求権が行使されると、住戸所有者共同関係は、普通の持分共同関係となり、分割請求が可能となる⁽⁹¹⁾。

また、WEG一一条一項三文は強行規定なので、規約における廃止請求権の定めは、建物の滅失および再建義務の不存在を要件としなければならないが、規約が、なにをもつて滅失とするかを定めたり、WEG二二条四項による再建義務の基準を上下させることは可能と解されている⁽⁹²⁾。

さらに、規約に共同関係の廃止請求について定めがなかったときは、WEG一一条一項三文の文言上は、廃止請求できないことになるが、共同関係を解消することが秩序適合的な管理に当たる場合（建物が滅失し再建義務もないときは通常、そうである。）は、存続は無意味なので、多数決により廃止を決議したり（WEG二二条三項）、各住戸

所有者が廃止を請求する(同条四項)ことを可能とする立場が主張されている。⁹³⁾

かくして、連邦通常裁判所は、住戸所有者共同関係の非解消性(WEG一条一項)の見地から住戸所有権等の放棄を許さないのであるが、連邦通常裁判所はさらに、以下のようにも述べて、**e⑥**住戸所有者の負担分担保義務(WEG一六条二項)の見地からも、住戸所有権等の放棄の許されざることをいう。⁹⁴⁾

個々の所有者による住戸所有権等の放棄を許容することに対しては、WEG一六条二項が、各住戸所有者等の土地共有持分に応じての負担義務を定めていることも妨げとなる。住戸所有権等が放棄できるとすると、同項の規制は潜脱されるであろう。所有者が放棄により所有者共同関係から脱退すると、残された共有者は、共同の土地に対する共有持分は増えない(添加(Anwachsung)⁹⁵⁾はしないので)のに、負わなければならない負担や費用の割合が、放棄者の共有持分のみだけ必然的に増すことになる——デュッセルドルフ上級ラント裁判所は、このことを誤認している——からである。このような法律違反の超過負担は、正当化されない。

連邦通常裁判所は、以上のように論じて、住戸所有者がその住戸所有権等を放棄することは許されない、とするのである。

連邦通常裁判所は、最後に、**e⑦**個々の住戸所有者ではなくて)住戸所有者全員が一緒になって所有権放棄することについて付言して、以下のようにいう。⁹⁶⁾

もちろん、すべての所有者が放棄することは許される。なぜなら、この場合は、土地に対する所有権全体が、同時に放棄されるからである。法的状況が、BGB九二八条一項による単独所有権の放棄の場合と同じなのである。

以上にみてきた連邦通常裁判所の論理を、デュッセルドルフ上級ラント裁判所のそれと対比しつつ、ここで大ざっぱながら整理しておこう。

まずは、(α)土地の共有持分を放棄することの可否である。土地を（その共有持分についてではなく）まるまる所有権放棄すること（単独所有権の放棄）が許されることは、BGB九二八条一項の明記するところだが、このことを共有持分の放棄にも及ぼすべきかどうか、である。これを否定に解するときは、住戸所有権を土地の共有持分を基軸とするものと理解する以上は、住戸所有権の放棄もまた否定される方向で解釈されることになってくる。連邦通常裁判所の立場である。これに対して、デュッセルドルフ上級ラント裁判所は、共有持分の放棄を許されるものと解し、その延長線上に、住戸所有権の放棄をも許容する。⁹⁷

また、住戸所有権の放棄の可否は、(β) (α)土地共有持分の放棄の可否の判断に導かれてではなくて）住戸所有権についての固有の判断としても、論じられる。ここでは、(a)住戸所有者共同関係の廃止を求めることができないという住戸所有者共同関係の非解消性（WEG 一条）との関連をどう理解するか、すなわち、住戸所有権の放棄を認めると、住戸所有者共同関係の一方的な廃止を許容したことになってしまふのかが、大きなポイントとなってくる。連邦通常裁判所は、一方的な廃止を招くとみるのに対し、デュッセルドルフ上級ラント裁判所はそうはみないわけである。併せて、(b)住戸所有者の負担分担義務（WEG 一六条二項）との関連も、一つのポイントとなる。連邦通常裁判所は、住戸所有権の放棄によりこの義務が潜脱され、残された他の住戸所有者の負担が増えてしまふのに対し、デュッセルドルフ上級ラント裁判所は、そうはみないようである。⁹⁸

(2) 学説による評価

連邦通常裁判所のこうした立場は、学説においてどのように評価されているか。(α)土地共有持分は放棄できないので、住戸所有権も放棄できないと解することは概念的(Begrifflich)と、(住戸所有権の放棄を認めない)連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定自身、評するところなので、(β)住戸所有権(についての固有の判断として)の放棄の可否をめぐる議論を中心に、以下、みていこう。

学説における現時の通説は、連邦通常裁判所の立場を支持する。その論旨の多くは、連邦通常裁判所のいうところと重なるが、⁽¹⁰⁾そうしたなか、オリヴァ・エルツァは、二〇〇七年に、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定に対する評釈のなかで、同決定の理由づけは必ずしもみなを魅了するものではないだろうが、としつつも、^f①もし放棄が可能とされたらパンドラの箱が開かれて、土地登記官への殺到を招き、ドイツ物権法における騒動となるであろう、いくつかの都市は荒廃状態となり、住戸所有権は根底から震撼させられ危険にさらされるであろうとして、同決定の結論の妥当性をいう。⁽¹¹⁾また、カアステン・シュミットは、二〇〇七年に、連邦通常裁判所二〇〇七年五月一〇日決定および二〇〇七年六月一四日決定に対する評釈のなかで、両決定は、多くの「ゴミ不動産」(旧東ドイツの州に多い。)に関して、BGB九二八条による所有権放棄を通じてはケリを付けられないことを明らかにした意味で、実務上、重要な意義を有すると指摘する。⁽¹²⁾

住戸所有権の放棄は認められないとする判例・通説に対して、しかし、異を唱える学説も、一部にみられる。すなわち、エカアト・ピックは、二〇〇三年に、ベアマンのWEGコンメンタール(旧版)におけるWEG三条に対する

注積のなかで、BGB九二八条により住戸所有権等を放棄することを許容し、その理由として、^{g①}住戸所有権は真正な所有権であること、^{g②}土地等に対する共有持分は特別所有権と分離できず（特別所有権だけ、共有持分だけの放棄はできない、WEG六条）、全体としての住戸所有権等は独立の土地として扱われるべきなので、共有持分の放棄を否定する連邦通常裁判所の見解を類推的に援用することはできないこと、^{g③}住戸所有権の剥奪という逆の事例にも示されるように、共同関係からの解放は可能なので、WEG一条は、放棄を認めることの妨げにならないこと、^{g④}他の住戸所有者の不利益が考え得るとしても、それは劣後することをいう。¹⁰⁰もつとも、ピックによるこの記述は、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定があらわれる前のもので、また、その後の改版で執筆担当者が交替したことともない、この記述は消えている（ベアマンのWEGコンメンタールの現時の立場は、住戸所有権の放棄を認めない。¹⁰¹）。

それでも、ピックはなお、二〇一〇年に、ベアマン・ピックのWEGコンメンタール（小型、黄色）におけるWEG一条および三条に対する注積のなかで、土地に対する単なる共有持分の場合と異なり、住戸所有権の放棄は——通説は反対だが——許される、^{g⑤}完全所有権なのに放棄を認めないのは、BGB九二八条に反する、とする。¹⁰²

また、ライナア・カンツライターは、一九八一年に、ミュンヘンのBGBコンメンタール（初版）におけるBGB九二八条に対する注積のなかで、住戸所有権等の放棄は可能とし、二〇一七年の第七版でもなおその見解を堅持して、その理由として、^{g⑥}他の所有者は、共同関係の費用を自分たちだけで負担するか、ラントと交渉して先占権を放棄してもらい新たな使用のあり方を模索する（最悪、同じように自分たちも所有権放棄を判断する）かの選択ができるので、他の所有者の利益よりも、放棄したいと考える所有者の利益の方が優先するとする。¹⁰³

さらに、ヤン・ロートは、二〇〇七年に、「BGB九二八条による共有持分および住戸所有権の放棄」と題する論説を著し、¹⁰⁴住戸所有権の放棄が許容されるべきことをいう。その理由としてロートがいうのは、^{g⑦}土地の共有持分であ

れば、共同関係の廃止を請求することができ(BGB七四九条一項)、したがって、放棄できずとも、共同関係に拘束され続けられないことが保障されているが、住戸所有権では、共同関係の廃止を請求することはできない(WEG一条一項)ため、放棄が認められないと、意思に反して共同関係に拘束され続けることとなり、基本法一四一条一項に反する(憲法上、所有権は私的に有用(privatnützig)でなければならず、所有者は、私的に有用ではなくなった法的地位から逃れることができる、というのでなければならぬ)こと、^g放棄を認めても、他の住戸所有者は、不当に不利になるわけではないこと(放棄されても、共同財産にかかる費用や負担についての持分がより大きくなるわけではない。国庫が先占権を行使すれば、費用の支払いについて資力あるパートナーを得ることになるし、国庫が先占権を放棄すれば自分が先占できるなど)、^gとりわけ住戸所有者が破産した場合に、住戸所有権が売却も賃貸もかなわないゴミ不動産であるときは、管財人は財団放棄して住戸所有権が破産者のもとに復帰してくるが、その場合、破産者は、住戸所有権の放棄が認められないと、負担から逃れる術がなくなる(住戸所有者共同関係は、負担に耐えられないことが明らかな住戸所有者を、所有者という形式的な法的地位に留め置くことについて、なんの利益があるというのか)である。

反対説のこうした主張に対し、通説側の論者は、以下のように反論する。すなわち、反対説による^g土地の共有持分におけると異なり、住戸所有権では、共同関係の廃止を求めることができなるとの指摘について、ロター・ブリーゼマイスターは、二〇〇七年に「住戸所有権の放棄」と題する論説のなかで、たしかに、住戸所有権の場合は、共同関係の解消可能性(BGB七四九条)をいうことで放棄を不可とすることはできないが、それでもやはり、住戸所有権の放棄は許されるべきでない、^hなぜなら、住戸所有者共同関係の解消を認めないWEG一条は、土地の共有持

分における以上に、住戸所有者を共同関係に拘束する趣旨であり、そうであればなおのこと、住戸所有者は放棄によって責任から逃れることはできない、というべきだからである、とする。¹⁵⁾ h②基本法一四条の所有権保障との関係についても、ブリーゼマイスタアは、所有権は義務をとめない（同条二項一文）、その意味での義務が、共有者間の法定債務関係（これは、所有権放棄により不利益を及ぼすことを禁じ得る。）から生じ得る、とする。¹⁶⁾

また、反対説のg⑧放棄を認めても、他の住戸所有者に不利益にならないという主張に対しては、ヨハン・デムハルターは、二〇〇七年に、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定に対する評釈のなかで、反対説は、放棄されたあたかも、他の住戸所有者は、自分の持分に応じた分だけ共同関係の費用を負担すればよいと反対説はいうが、h③実際に、たとえ維持のための措置が観念上の持分の割合だけでできるものではなく、結局、他の住戸所有者は、放棄者の持分の分も費用を負担しなければならなくなることで、反対説は国庫が先占してくる可能性をもうが、h④放棄されてくるといふことは費用負担が重いか経済的に価値がないといった事情があるわけで、そうすると、国庫が（国庫が先占権を放棄したときは、他の先占権者が）先占してくることはないであろうことをいう。¹⁷⁾ ブリーゼマイスタアも、これらのことを述べるとともに、h⑤かりに国庫（または第三者）が先占したとしても、他の共有者は、事実上負担した維持費用を法的に求償できないのではないか、また、h⑥国庫が先占権を放棄した場合に、当初、所有権放棄した者が、他の者による再生ののち、先占しようとしてくることも考え得ると懸念する。¹⁸⁾ ブリーゼマイスタアはさらに、h⑦売却が事実上かなわないゴミ不動産である、といふことは、大体的場合、一つの建物のなかのすべての住戸に妥当し、そうしたなかで、住戸所有者の所有権放棄を可とすると、他の住戸所有者にとり、著しい過剰負担となるのであって（住戸所有権を取得しようという者も現れないだろう）、債務法上の要素を物権法上の要素から切り離すことは、問題状況の許されない単純化である、と反対説を批判する。¹⁹⁾

(3) 住戸所有者は、どのようにして、その地位から逃れることができるか

住戸所有権の放棄を認めない判例・通説の立場のもとで、それでは、住戸所有者は、どのようにして、住戸所有者としての地位から逃れることができるか。いわれるように^{e⑤₂}売却が可能であれば、それに越したことはない。しかし、どんなに値を下げてでも買い取ってくれる人が現れないような(タダにしても、貰い受けてくれる人が現れないような)ゴミ不動産の場合、住戸所有者は、どうすることができるか。

連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定自身、^{e⑤₃}住戸所有者共同関係を解消するいくつかの手段をいつていた。そのうち、^{e⑤₃₄}信義誠実(BGB二四二条)により共同関係の廃止を請求し得る余地があると判示されたことをめぐっては、学説に一定の議論がある。

オリヴァ・エルツァは、二〇〇七年に、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定に対する評釈のなかで、今後、どのような事例でそうであるのかが問われるべきで、このことはなお検討されるべきであるが、それは私見によれば、共同関係への残留を住戸所有者に期待できない場合^{e④}であるとする。そして、エルツァは、住戸所有者が自分の特別所有権を利用する意思をもちや有せず、または、経済的な苦境から利用することができないという事例がこれに該当するかは判断を留保するとしつつも、基本的には、極端な例外事例を除いて、廃止請求権は認められず、そうした住戸所有者には、売却という方法が指示されるべきであるとする。^{e⑫}

連邦通常裁判所が^{e⑤₃₄}信義誠実により共同関係の廃止を請求し得る余地を認め、エルツァがこれを基本的には支持していることに対しては、ユアン・ハイネマンによる批判がある。ハイネマンは、二〇〇八年に、連邦通常裁判所二〇〇七年五月一〇日決定および二〇〇七年六月一四日決定に対する評釈のなかで、両決定は、不経済な共有者共同関係

ないし住戸所有者共同関係（いわゆるゴミ不動産）からひそかに抜け出ることを、それぞれに説得的な理由づけをもって拒んだとして、両決定を支持しつつも、連邦通常裁判所は、傍論で、廃止請求権の存在およびその要件について新たな議論をあり立て、議論を残念ながら誤った方向に導いたとする。⁽¹²⁾ すなわち、ハイネマンは、WEG 一条一項が、住戸所有者は共有関係の廃止を、重大な理由によってさえ請求できないと明確に規定しているところ、所有者共同関係の存続の期待不可能性ないし不衡平性を理由とする廃止請求権という構成は、結局、重大な理由による廃止請求権を認める結果となるので、法律違反の許されない法展開として拒絶されるべきであり、廃止請求権は、建物が減失し、規約に廃止請求権の定めがあった場合（WEG 一条一項三文、二二条四項）に限られる、とする。ハイネマンは、個々の住戸所有者に対し共同関係への残留を期待できない場合は、（共同関係の解消ではなくて）住戸の引受けを求める請求権が存する、というかぎり、エルツァには賛成できるともいうが、そのような状況はまったく例外的にしか認められず、住戸所有権が経済的に無価値であるとか事実上売却できないといったことでは十分でない、とする。⁽¹³⁾

信義誠実に依拠して、共同関係の廃止を請求できるとすることに対しては、ミヒヤエル・J・シュミットも、二〇一年に「住戸所有者共同関係の解消および建物の取壊し」と題する論説のなかで疑問を呈し、信義誠実による、または、行為基礎の脱落（BGB 三三三条）による解消請求権は原則的にあり得るが、重大な理由による解消さえも認めないWEG 一条一項二文の評価にかんがみるとき、謙抑的でなければならぬとする。⁽¹⁴⁾ すなわち、シュミットは、再建義務がなくて、WEG 一条一項三文にいう規約を欠くときに、共同関係廃止の請求権が認められないと、土地が永久に不稼働のままとなる、といわれるが、たしかに、一人の住戸所有者の反対で、土地がずっと活用されないというのは受け入れ難いにしても、各住戸所有者に対しては、まずは、WEG 一条一項三文にいう規約の締結を求め

る請求権が付与されるべきであるとする。⁽¹⁶⁾ そのうえで、シュミットは、(1)古い建物を建て替える(または根本的に改築する)ことで利用可能性が大きく増大するであろう場合は、信義誠実、または、行為基礎の脱落による廃止請求権を考へ得る(利益を生まない建物が空室のままであることは、滅失した建物の不使用と同じ、それどころかより大きな費用が発生する。)にしても、やはり、反対する住戸所有者の存続利益にかんがみると、住戸所有者共同関係の解消を強いることには謙抑的でなければならぬので、その可能性は極端な例外事例に限られる(それは、居住空間として利用される場合よりむしろ、営業利用建物の場合である。)とする。また、(2)住戸所有者共同関係が経済的に苦境にある場合、そのことから原則的に解消請求権を肯定することはできないにしても、いわゆるゴミ不動産の場合は、解消請求権が考慮され得る(これにより、土地売却の可能性が開けてきて、もうけはないかもしれないが、更なる負担は回避できる。)とする。⁽¹⁷⁾ 総括して、シュミットは、信義誠実や行為基礎の脱落による解消請求権はあり得るとしても、その行使はしばしば大きな訴訟リスクをとめない、WEG一条一項三文にいう規約をあとから締結することも容易でなく、⁽¹⁸⁾ 住戸所有者全員の合意がないかぎり、住戸所有者共同関係を廃止することは極めて難しい、そして、このことは、住戸所有権を真正の所有権として保護することに資するが、その一方で、建物が著しく時代遅れとなる危険をともなっているとする。⁽¹⁹⁾

WEGは住戸所有者共同関係の非解消性を基本としつつも(一条一項一、二文)、例外的に個々の住戸所有者が共同関係の廃止を請求できる余地を一定要件のもとに認めている(同項三文)。連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定は、この要件が満たされていないときであっても、⁽²⁰⁾ 信義誠実により廃止請求権が認められる余地をいったが、右にみてきたように、学説では、ゴミ不動産の事例でこれが認められ得るかにつき一定の議論があり、各説ともその

可能性を否定はしないものの、限定的であった。¹³¹ 実際の事例で、信義誠実から廃止請求権が承認されてくることは難しそである。

こうしたなか、住戸所有者共同関係から脱退するしないしはこれを解消することの可能性を、ゴミ不動産の増加を予想して、より包括的に論じるのが、ダニエル・ブルである。ブルは、二〇一三年に、「住戸所有者共同関係の清算」と題する論説を著し、そのなかで、¹³² i①^{e⑤}売却は、ゴミ不動産では買手がいなくて不可能であるし、¹³³ i② BGB 九二八条による所有権放棄は、連邦通常裁判所が認めないし、¹³⁴ i③ WEG 一一条は、共同関係の解消請求を、重大な理由があるときでも認めないし、¹³⁵ i④^{e⑤} WEG 四条により特別所有権をすべての住戸所有者の合意により廃止することも、一人でも反対すれば挫折するし、¹³⁶ i⑤^{e⑤} WEG 一一条一項三文による廃止請求も、建物の全部または一部が滅失し、再建義務が存しないときに限られる、と整理する。¹³⁷ そのうえで、ブルは、WEG が制定された一九五一年当時、戦争による建物の滅失がなおあつて、これに対応するための規定は置かれたものの、戦争や災害によらずに建物が経済的に完全に滅失してしまうことがあり得るとは想定されず、規制に穴があるとす。そして、この穴を埋めるには、¹³⁸ i⑥ とりわけ、建物の再建義務をどのように形作るか、が重要で、WEG 二二条四項において、再建の義務付けにかかわる建物滅失の程度を変ずることで、共同関係解消のための要件をも変えることができるとし、¹³⁹ 滅失は、物理的滅失だけでなく、再建に多額の費用を要する場合をも含むと解すべきであるとする。¹⁴⁰ そして、WEG 一一条一項三文という規約として、たとえば、「以上の規定により再建義務が存しない場合は、各住戸所有者は共同関係の廃止を請求することができる」との一文を設けることで、¹⁴¹ e⑤³⁴ 信義誠実への依拠をしないで済むとする。¹⁴²

ブルの立論は、住戸所有権の放棄が認められない現状のもとで、(1)規約に住戸所有者共同関係の廃止請求を可能

とする規定を置き、(2)ただ、WEG 一条一項によりそのような規定は原則的に無効で、例外的に、建物の全部ないし一部の滅失があつて、再建義務が存しない(再建を多数決で決議したり、個々の住戸所有者が管理として再建を請求することができない)場合にしか許容されないという制約があるなかで、(3)建物の滅失に、経済事情による価値喪失をも含ましめることで、再建義務の不存在を導き、WEG 一条一項三文の直接適用による住戸所有者共同関係の廃止請求権を認めようとするものであろう(連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定が、WEG 一条一項三文の外で、信義誠実に基づく廃止請求権の可能性をいうのとは、その点で異なる)。

もつとも、WEG 一条一項三文において、建物の滅失という概念を経済的に理解することが可能なか、ゴミ不動産であることで建物滅失とみることが許されるのか、については議論がある。すなわち、ミヒヤエル・J・シュミットは、二〇一一年に「住戸所有者共同関係の解消および建物の取壊し」と題する論説のなかで、滅失概念を経済的に理解すること自体は肯定して、再生が取り壊して新築するよりも経済的に有利でない場合は、完全な滅失が認められるとし、また、部分的な滅失の有無の判定に際しても、再生費用の支出を住戸所有者に期待できるかどうかといった経済的な観点が志向されるべきであるとする⁽¹⁸⁾。クリスティアン・アルムブリュスタアも、ベアマンのWEGコンメンタールにおけるWEG 九条に対する注釈のなかで、完全な滅失かどうかは経済的な考察方法によるので、建物が部分的には保持されていても、再生が取り壊して新築するよりも費用がかかる場合は完全な滅失が認められるとする⁽¹⁹⁾。

しかし、エグバート・キュンメルとニコル・ファンデンハウテンは、二〇一七年に、ニーデンフュア・キュンメル・ファンデンハウテンのWEGコンメンタールにおけるWEG 一条に対する注釈のなかで、建物がなお居住ないし利用可能であれば、建物の再生費用が物件の瑕疵なき状態での市場価値を超えるというだけでは滅失とはいえないので、いわゆる経済的な「ゴミ不動産」にWEG 一条一項三文を用いることはできない、特別所有権のなお存する利用を、

共同関係の廃止によって「他の」住戸所有者から奪ってはならない、とする。⁽¹⁸⁾ ハインリヒ・クロイツァも、二〇一八年に、シユタウディングアのBGBコンメンタールにおけるWEG一条に対する注釈のなかで、建物自体は存在し建築技術上また法的に利用可能だが、経済的な利用可能性を欠く（十分な数の居住者ないし利用者が不在）という「ゴミ不動産」の場合に、状況を滅失と評価することは困難である、とする。⁽¹⁹⁾

二〇一七年には、ヘアバート・グリツヴォツが「ゴミ不動産——住戸所有権の場合の出口または多数決による転換？」と題する論説を著し、一九五一年のWEGは戦争による建物の滅失だけが念頭にあって、これに対する規制は設けたものの、建物が戦争や災害によってではなくて経済的に滅失することについては考えていなかったが、建物に対する公法上の要求、近代化の必要性、エネルギー対策、貧困高齢者増加によって、住戸所有権も所有者にとつてお荷物と化すことがあるという現状認識のもと、⁽²⁰⁾ゴミ不動産と化した住戸から逃れる道を具体的に論ずる。すなわち、グリツヴォツは、まず、WEGは建物滅失の事例における再建の不経済性についてしか規定していないが、これを超えて、建物が滅失していなくても不経済な場合に、個々の住戸所有者が共同関係の廃止を請求できるかが問われるところ、これには、ⁱ①すべての住戸所有者の同意か、または、「経済的滅失」事例での他の住戸所有者に対する同意請求権を要するであろう、とする。⁽²¹⁾そして、^j②特段の事情があれば、各住戸所有者は、法律と異なつた規約または規約の適正化を請求できるとするWEG一〇条二項三文の類推適用により、共同関係廃止請求権を認める見解もあるが、同項は住戸所有者の債務法上の関係を扱うもので、物権法上の帰属を対象としないので、正しくないし、^j③^e⑤³⁴住戸所有者が、特別な状況である例外的事例において、信義誠実により、共同関係の物権法上の基礎を変更すべき義務を負うことはあり得るが、建物の滅失の場合（一部学説は、建物滅失事例についてWEG一条一項三文という規約を欠くときに、

廃止請求権を認めないと、土地は永久に不稼働で、所有者にとって無価値になってしまうという。)と異なり、現存する住戸所有権の経済的な利用不可能性は、信義誠実から解消請求を正当化できる事情にはならない(その種の事情は、個々の住戸所有者の経済的リスクの範囲に属する。)し、不経済性の事例を、建物滅失でない場合にどう定義するかも困難であるとする⁽¹⁴⁾。そのうえで、グリツヴォツは、市場で売却できない住戸を持ち続ける義務から逃れる方策として、**j④**有限責任事業者会社(Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt))や無資力者、未成年者への譲渡、また、**j⑤**相続人にとっての解決の可能性をいう。

すなわち、**j④**譲渡してしまえば、所有者でなくなり、住戸所有者共同関係に対する負担分担義務を免れることができる。もつとも、譲受人が自己資本に乏しい有限責任事業者会社や無資力者である場合は、他の住戸所有者が、W E G一二条により譲渡への同意を拒絶したり(会社が有限責任であるというだけでは同意を拒絶することはできないとしても)⁽¹⁶⁾、脱法行為として義務が存続するものと解される可能性がある⁽¹⁶⁾。また、譲受人が未成年者である場合は、B G B一六二九 a 条一項一文により、未成年者の責任は、成年になった時点で存在する財産に制限される⁽¹⁹⁾。

j⑤相続人にとっての解決とグリツヴォツがいうのは、自分の死後、相続財産にはゴミ不動産だけが残るよう、生前に全財産を譲渡してしまうという方策である。相続が開始して相続人が相続財産を放棄すると、相続財産(ゴミ不動産)は、最終的には、B G B一九三六条により国に帰属する⁽¹⁸⁾。もつとも、相続財産につき破産手続が開始されると、以前にされていた譲渡が取消しの対象となることがある⁽¹⁸⁾。

最後に、**e⑦**住戸所有者全員が合意して、住戸所有権をみんなで一緒になって所有権放棄することは、B G B九二八条一項による土地所有権放棄と変わらないとして、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定によっても明示的に許

容されていた。このことを評して、ヨハン・デムハルターは、「ゴミ不動産」事例のための逃げ道がほめかされたとい¹³³い、カアステン・シュミットは、裁判所は、全員が共同すれば所有権放棄できることを強調したとい¹³⁴う。住戸所有者が全員で建物全体を所有権放棄するのであれば、住戸所有者としての地位から逃れられることが判例法上、明示され、学説でもその意義がいはれるわけである。

(4) 若干の整理

ドイツにおいて住戸所有権の放棄が認められないのは、なにゆえか。(a)土地共有持分の放棄が認められないことに影響されてという側面も強い^{e①}が、このことはさて置いて、(β)住戸所有権についての固有の判断としては、大きくいえば、住戸所有権の放棄を認めると、(a)住戸所有者共同関係の非解消性(WEG一条一項)に抵触し^{e②}、^{e⑤}、また、(b)住戸所有者の負担分担義務(WEG一六条二項)が潜脱されてしまう^{e⑥}、ということであった。

こうした判例・通説の立場に対して、反対説は、右の(a)、(b)のいずれをも否定するとともに^{b①}、^{b②}、所有権放棄が認められないと、住戸所有者は、永久に住戸所有権から逃れられない、という不利益を被ること^{g⑦}、^{g⑨}、放棄を認めても、他の住戸所有者に不利益は生じないまたはその不利益は小さいこと^{g④}、^{g⑥}、^{g⑧}などをいう。

判例・通説の側でも、住戸所有者としての地位から逃れる術が残されているかどうかは無視できないポイントであったようであり、共同関係の廃止請求を、WEG一条一項の規制を超えて、^{e⑤}³⁴信義誠実により認めることが可能かどうか^{e⑤}が議論されるのも、そうした認識の一つのあらわれといえよう。

しかし、^{e⑤}信義誠実による共同関係の廃止請求も現実には容易でない、となると、^④無資力者等への譲渡(法形式的には譲渡だが、譲渡後どうなるかを考えると、実質、野に棄てるに等しい)や、^{j⑤}相続放棄の活用(国へのいわば

押し付け)、^{e)}⑦一棟の建物中の住戸所有権すべてを所有者全員が一緒になって、所有権放棄する(これも、国へのいわば押し付け)、などといった方策が検討されてくる。

四 むすびに代えて——日本法への示唆——

(1) 日本法でも所有権放棄できない?

マンシヨン所有権の放棄は可能か。わが国ではほとんど論じられていないこの問題について、ドイツでは、判例法上明確に不可と解されている。学説でも、もし放棄が認められれば、所有者は、ゴミ不動産の片を付けることができ、⁽¹⁵⁾るわけで、この問題は重要とも指摘されるなか、通説は判例を支持して、やはり所有権放棄を認めない。

マンシヨン所有権の内容理解が独日では異なること⁽¹⁶⁾もあり、ドイツでの議論をわが国にそのまま移入できるものではないが、わが国でこの問題を論ずるに際して、かりにドイツ法での経験から示唆を得るとしたら、どのようなことがあるうか。

土地所有権放棄が明文規定(BGB九二八条一項)により許容されているドイツにおいてさえ、マンシヨン所有権の放棄は許されないと解釈されているわけだから、土地について所有権放棄が可能かどうかはつきりしないといわれる(一)わが国では、マンシヨン所有権の放棄はなおのこと疑わしい、などとみるのは、単純に過ぎよう。なぜなら、ドイツにおいてマンシヨン所有権放棄が許されないと解釈される所以は、以下にみるように、わが国では妥当しないように思われるからである。

なにゆえ、ドイツではマンション所有権の放棄は許されないと解釈されているのか。その事情はすでにみてきたとおりで、三(4)において若干の整理も試みたところである。そこでは、——大きくいえば住戸所有者の法律関係が共同関係として債務法的に理解されていることもさることながら——①共有において持分が放棄されたときに、その持分を他の共有者が当然に取得するという添加理論が、採用されていないこと、そして、そもそも、②共有において持分が放棄されたとしたら、d①②権利は無主になるのではなく消滅すると解されていることが、少なからず影響しているように感じられる。

すなわち、ドイツにおいて、①もし添加理論が採用されていたならば、住戸所有権の放棄を認めても、e②共同の土地に対する共有持分は消滅せず(他の住戸所有者に帰属するので)、e③住戸所有者共同関係は存続することになるから、(a)住戸所有者共同関係の非解消性(WEG 一条一項)への抵触は生じなかったであろう。あるいは、②放棄されたもe②持分は無主になるだけで消滅しない、ということであったなら、やはり同様に、e③住戸所有者共同関係は存続し得たであろう(持分そのものがなくなるわけではない)。 (b)住戸所有者の負担分担義務(WEG 一六条二項)との関係についても、放棄ができるとなると、たしかに他の住戸所有者の負担がその分増えるが、①添加理論が採用されていれば、e⑥他の住戸所有者は、土地に対する共有持分が、放棄した住戸所有者の分だけ増すことになるから、他の住戸所有者の負担増を不当とみない余地もあったのではないか。¹⁵⁾

①共有持分が放棄された場合について添加理論が明文でもって(民法二五五条)採用されているわが民法のもとでは、どうか。もつとも、わが民法では添加理論が採用されているといっても、マンション所有権の場面では、区分所有法によってその適用が排除されている(二)ので、マンション所有権の放棄を可とすると、添加が生じない以上、ドイツの判例・通説が懸念するところ(a)、(b)はわが国でも妥当し得るかのごときである。しかし、日本法のもと

では、②マンション所有権の放棄がされたとしたら、敷地利用権ともども無主となり、国に帰属すると解釈されている（二）ので、このことを前提とするのであれば、やはり、ドイツの判例・通説が懸念するような事態には、わが国ではなつてこないということができよう。

すなわち、わが国でマンション所有権の放棄を可と解したとき、放棄されたそのマンション所有権は（区分所有権も敷地利用権も）民法二三九条二項により国に帰属すると解される（二）以上、他のマンション所有者への影響は一切ない。放棄されたマンション所有権の主体が、放棄者から国に交替するだけだからである。

ドイツで住戸所有者共同関係の非解消性がいわれる（WEG 一一条一項）のは、他の住戸所有者の住戸所有権を保障する趣旨であつた（三）⁽¹⁾。すなわち、(a)住戸所有権の放棄を認めると、住戸所有者共同関係が一方的に解消されてしまい、他の住戸所有者の住戸所有権が害されると懸念されるわけである。しかし、日本法のもとでは、所有者の交替が生じるだけなので、そうした懸念はあたらぬ。(b)住戸所有者の負担分担義務（WEG 一六条二項）との関係についても、日本法であれば、放棄者に替わつて国が新たな分担者になるだけなので、他のマンション所有者に不利益は生じない（資力のある国が新所有者になるわけだから、むしろ、利益でさえあろう）。

ドイツにおいてマンション所有権の放棄が許されないと解釈される所以がわが国において妥当しないのであれば、わが国におけるマンション所有権放棄の可否は、どのように判断されてくることにならうか。ドイツでは、マンション所有権放棄を可とすると他のマンション所有者に不利益が及ぶということが懸念されて、土地所有権放棄を可とする法制のもとでありながら、あえてマンション所有権の放棄は不可と解釈された。わが国でそのような懸念が存しないのであれば（土地と違って、マンションならば、という事情が存しないのであれば）、わが国では、結局、およそ不動産について所有権放棄が許されるのかどうかによって、マンション所有権放棄の可否も決せられてくることにな

ろう。

わが国で不動産について所有権放棄が可能かどうかは、はっきりしないといわれるものの、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(一)。しかし、かりにタダにしても引き取り手が見付からないようないわゆる「負動産」⁽¹⁰⁾については、所有権放棄は許されるべきでないとする論調が、学説において近年、顕著になってきていて、そこでは、所有し続けることにともなう負担が国に一方的に押し付けられることの問題性が強調される。⁽¹¹⁾

その流れで、わが国においてマンション所有権の放棄が不可と解釈されてくることについては、——その理由付けはドイツにおけるとは異なるにしても(国に迷惑をかけるので)——結論としてあながち不当とはいえないだろう。土地については広く放棄の自由が認められるべきであると考えるが、マンションは事情が異なる。マンションは土地と異なり建物であって、人間がこの世の中にあえて作り出した存在なのだから、作つた者、買った者、所有する者が責任をもって最後の後始末に関わっていくことが必要なのではないか。作つておいて、また、さんざん使い倒しておいて、あとはどうなろうと知らない、最後は国が引き取ればいい、というのは無責任ではないか。

もっとも、こうした価値判断を法解釈のレベルに引き上げることができるのかどうか、それが可能として、その理論構成いかんは、一個の問題であるように感じる。所有権放棄は法律行為であって、その効力を否定しようというのであれば、公序良俗違反や権利濫用などをいうことになるが、同じ不動産でありながら、土地については所有権放棄を公序良俗違反などとは基本、みないのに対し、建物やマンションについてはその所有権放棄を公序良俗違反とみようとすることが法解釈として可能か、疑問の(少なくとも)余地はあろう。筆者としては、土地所有権放棄を可とする以上は、同じく不動産であるマンションについても所有権放棄を可とするのが理論的には筋だと感じている(所

有権放棄を不可としても、このあと(2)でみるように、裏技的に「捨てられてくる」ことがどちみち避けられないであれば、なおのことともいえる。が、本稿では指摘にとどめ、結論は留保したい。

(2) どうやったら「捨てられる」？

かりにマンションについて所有権放棄は許されないと解するとき、それでは、マンション所有者は、どのようにすれば、所有者としての地位から逃れることができるか。もちろん^{e⑤}売ればそれに越したことはないわけで、そうではなくて、タダでも引き取り手が見付からないような負動産の場合に、所有者はどうやったらそれを「捨てられるか」というハナシである。ドイツでいわれるところを参考にすると、大要、以下の方策をいうことができよう。⁽¹⁰⁾

(i) まず、ドイツにおいて、^{e⑦}(個別の住戸所有権の放棄ではなく)住戸所有者全員が一緒になって所有権放棄するのであれば、これは判例・学説が明示的に可とするところであった。

全員の合意が必要なわけだから、この方策は非現実的に聞こえるかもしれないが、所有者間で負動産との認識が普遍化していれば(それほどまでに事態が重篤化していれば)、そのハードルは必ずしも高くないのではないか。

もっとも、わが国においては、国(財務局)に対し、民法二三九条二項を根拠に登記名義の引き取りを求めても、(一住戸だけ、というのではなくて、建物全体についてであっても)所有権放棄が公序良俗違反等により無効と争われて、受けてもらえないことが予想される。⁽¹¹⁾ 実際、裁判例でも、若干特殊な事案についての下級審判決であるが、土地について所有権放棄を無効と解して、登記引取請求をしりぞけた例がある(広島高裁松江支部平成二八年二月二一日判決(平成二八年(ネ)五一号))。近年の学説における、負動産の所有権放棄は許されるべきではないとする論調

をも併せ踏まえると、みんなで一緒になって所有権放棄するというこの方策は、わが国では、実際の意義が乏しそうである。

しかし、もし、この方策を現実に行うことができるのであれば、所有者は、負動産と化したマンションからの負担を逃れることができ、そして、ここでは、費用面での心配をしなくて済む、というのが魅力である。所有し続けることにもなう負担をナシにしたければ、(引き取り手が無い以上は)取り壊せということになるのが本来だが、解体には当然、費用が発生するところ、国にそのまま引き取ってもらうことで、その負担をしなくて済むからである。⁽¹⁶⁾

(ii) ドイツでは、^j⑤相続放棄を活用する方策も、一部学説により主張されていた。相続放棄は相続財産全体を対象とするので(相続財産のうちこれは要る、これは要らないなどと取捨選択して、相続財産の一部だけを放棄することはできない)、生前に、要らないマンション以外の財産をすべて譲渡しておくという、あらかじめの準備が必要となる。そうしておけば、自分の死後、相続財産はその要らないマンションだけになるから、相続人は心おきなく相続放棄できるわけである。

この方策は、わが国でも有効であろう。生前譲渡ではなくて、価値ある財産だけを相続人に遺贈するというやり方も考えられる。遺言書には「相続させる」ではなく、「遺贈する」と記し、遺贈である趣旨を明確にしておくことが必要である。相続人が受遺者として遺贈を受ける一方で、相続を放棄することは可能である。⁽¹⁶⁾

相続放棄されたマンションは、ドイツ同様、わが国でも、最終的には国のものとなる。実際に、(相続放棄による場合も含めて)相続人不存在のマンションが、(現金化されずにマンションのまま)国庫帰属した例(国有マンション)があることは、すでに別稿において紹介した。⁽¹⁷⁾この国庫帰属は民法九五九条に法定されていて、国は引受けを拒否で

きない。平成二九年六月二七日には、このことを明言した事務連絡が、財務省理財局国有財産業務課長名で各地の財務局に宛てて発出されている⁽¹⁸⁾。

もつとも、国庫帰属させるには、まずは、家裁に申し立てて相続財産の管理人を選任してもらう必要がある（民法九五二条一項）、それには予納金が必要で、一〇〇万円程度かかるといわれている。管理人が選任されないうままだと相続財産の清算手続は進まない⁽¹⁹⁾ので、国庫帰属ということにはならない。

また、わが民法は、相続放棄者に管理継続義務を課している（九四〇条一項）。各国に例がなく、わが民法の創設した規定であって、一種の事務管理といわれる⁽²⁰⁾。最後の相続放棄者は、相続財産の管理人が選任されればこの義務を免れるが、管理人が選任されないままだと、——相続放棄した以上、もはや自分のものでないにもかかわらず——未来永劫、管理を継続しなければならないがごときである。もつとも、マンションの一住戸であるから、管理といつても具体的になにかしなければならぬことがあるとも思えず（戸建ての住宅とは事情が異なる）、また、そもそも、民法九四〇条一項の趣旨は、相続放棄したからといって、相続財産が管理されずに放置されると、相続財産が毀損されて次順位の相続人や相続債権者などに損害が生じるおそれがあるため、次順位の相続人や相続財産の管理人が相続財産の管理を始めることができるまで管理を継続させて、相続財産の価値を保ち、相続財産に対する次の権利者の利益を保護しようということであろう。そうであるとすれば、この相続放棄者の管理継続義務は、世の中の第三者一般の利益を慮つてのものではなく、次順位の相続人や相続債権者などに対してのものに過ぎない⁽²¹⁾というべきである。したがって、管理組合や他のマンション所有者から（また、その他の第三者から）、この管理継続義務を根拠になにかしらの行為を要求される、ということは考えにくい。ましてや、相続放棄した以上もはや所有者ではないのだから、管理費等や固定資産税の支払義務を負わないことは当然である（支払義務を負うのは、所有者である相続財産法人（民法九

五一条である。とすれば、とりあえず相続放棄だけしておいて、相続財産管理の手續には入らずにそのまま放置しておく（したがって、国庫帰属にはいたらないにしても）、ということ、（相続放棄者にとっては）実際上の問題はなさそうである。

この相続放棄を活用するという方策は、当然のことながら、相続の機会をとらえてでないと、発動できない（したがって、場合によっては、相続が開始するまで何十年か待たないといけない）。また、負動産と化したマンション以外に価値ある財産がある場合は、それを生前に譲渡しておくなり、遺贈するなどの事前の準備が必要となる。ただし、この後者の点は、今でこそ高齢者は金持ちといわれるが、今後、見るべき資産のない高齢者が増えてくると、生前の準備は要らないので、その相続人が相続放棄することへのハードルは下がってくるかもしれない。

(iii)④ドイツでは、未成年者や無資力者に譲渡してしまうという方策も、一部学説が主張していた。(ii)相続放棄を用いての方策が、相続の機会をとらえてでないと発動できないのに対し、譲渡してしまうというこちらの方策は、そのようにタイミングを計る必要がない、というのがメリットである。

未成年者に譲渡する意味は、ドイツでは、法制上、未成年時に譲渡を受けたことによる責任が、成人時に有した財産に制限される（BGB一六二九a条）ので、管理費等の支払いは、成人当時に存した財産さえ吐き出してしまえば、その後は責任を免れる、ということなのだろう。事案によっては（制度の濫用？）、譲渡を受けることにつき同意を与えた親の責任が問われそうな気もするが、いずれにしても、わが国ではこのような責任制限の制度はないので、未成年者に譲渡することの意味はない。

これに対して、無資力者に譲渡してしまうことは、わが国でも、方策として有効なように思われる。無資力である

から、管理費等の支払いが実際にされることはなく、事実上、その債務を免れたに等しい（「無い袖は振れぬ」）。とはいえ、債務が法的に消えてなくなるわけではないから、負動産と化したマンシヨンをあえて（タダであっても）譲り受けようとする無資力者が実際にどれほどいるかは、疑問であろう。しかし、なかには、事実上、タダで住めるといふことで、いわばババ抜きのパバを、そうとわかつていながらあえて引いてくる無資力者がいないとも限らない。ドイツであればこのような譲渡を他の所有者が拒否できる仕組みになっているが、わが国ではこれを阻止する術はない。負動産と化したマンシヨンの所有者としては、そうした無資力者を募って、売買代金などをいただかずに（したがってタダで）、あるいは、それどころか逆にいくばくかのお金をつけて（お礼？迷惑料？）、譲ってしまう、ということが考えられる。さらに、もしその無資力者が、（不謹慎ながら）そろそろお迎えが、というような高齢者であれば、(ii) 相続放棄を用いた方策とのコラボが可能となる。すなわち、相続開始時には、相続人は（相続財産がプラスでないから心おきなく）相続放棄してくるであらうし、もともと身寄りがなければ、相続放棄を経るまでもなく、即、相続人不存在となる。

もつとも、無資力者への譲渡が公序良俗違反などとして無効と主張されてくるリスクはある。

(iv) 譲渡と組み合わせる、ということでは、さらに大がかりにはなるが、法人を設立して、そこへ譲渡してしまうという方策もないではない。ドイツでは、④有限責任事業者会社への譲渡が、一部学説によって主張されていた。わが国でも、合同会社や一般社団法人など、比較的設立が容易な法人形態を利用して（合同会社なら最低で六万円程度の、一般社団法人も最低で一二万円程度の費用で設立できるといわれる）、そこへ譲渡してしまう、というわけである。法人であつて有限責任であるから、元所有者は設立者や社員であつても、当該マンシヨンについて——譲ってしまう

た以上、自分自身はもはや所有者ではないから——責任を負わなくて済む。とはいえ、所有者がその法人に替わっただけであり、また、法人であるから、自然人と異なり、解散させないかぎり存続し続けるわけで、その法人ごと事実上、放置する（幽霊会社？）、という解決でしかない。また、法人格否認の法理の適用や、(iii)と同様、譲渡の公序良俗違反等が主張されてくるリスクもあり、あまり綺麗なやり方とはいえないだろう。

なお、一般社団法人の場合は、定款の定め等によって帰属が定まらない残余財産は国に帰属することになっている（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成一八年法律四八号）二二九条三項）ので、所定の手続を踏んで法人を解散させれば、相続人不存在の場合と同様、マンシオンを国に引き取らせることが可能である。⁽¹⁰⁾

(3) 付論…今後、どうあるべきか？

マンシオン所有権は放棄できるか、という本稿の課題について、筆者として最終的な解答を示すことは結局、できなかった(1)が、本稿での検討を通じて感じられたことを、本論から外れるものの、門外漢ながら若干述べて、本稿を閉じたいと思う。

わが国において、一般論としてお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る(一)が、実務的に、不動産を自由に所有権放棄できているかという点、実態はむしろ逆であつて、所有権放棄できないというのが現状である。所有権が放棄されたとしたら、民法二三九条二項により所有権を当然に取得することになる国（財務局）において、登記を嘱託してくれないかぎり、登記名義が放棄者のもとに残ってしまい（放棄者から国に登記名義が移転しない）、所有権放棄してもその実質が得られないからである。このことは、土地であれ建物であれマン

ションであれ、変わらない。

このような現状のもとでは、負動産化したマンションの所有者が、タダでいいからどうしてもそれを手放したいと考えたとき、(2)でみた諸方策が試みられてくる可能性がある。所有者個人としては、そうしたいわば裏技によってであれ、とにかく手放すことができればそれでいいのであろうが、社会全体としてのあり方としてみたときは、あまり美しくない。一棟のマンションにおいて、一住戸が負動産と化しているときは、他の住戸も負動産化していることが少なくないであろう。国土交通省の推計によれば、平成三〇（二〇一八）年末に八一・四万戸であった築四〇年超のマンションが令和二〇（二〇三八）年末には約四・五倍の三六六・八万戸に達するといわれるなか、社会的に寿命を迎えたマンションの後始末のあり方を検討しなければならぬ時期に来ているのではないか。

このように申すと、まずはマンションがそのように終末期を迎えてしまわないよう延命化を図ることが重要である、延命化もかなわなくなったマンションは、取り壊して建て替える、という対応が、まずは想起される。しかし、建替えには条件面で制約があって、すべてのマンションで建替えが可能というわけではない⁽¹⁾し、かりに今回は運良く条件が調って建て替えできても、また何十年か経ったあとの再度の建替えは、もはや不可能だろう。そもそも建て替えて、高層化、増床していくことが、今の日本の人口減少社会のもとで進むべき途なのか疑問がある⁽²⁾。

延命化も建替えもかなわないマンションについて、その解消を可能とする立法措置を、との声は、すでに古くから聞かれる⁽³⁾。建替えの幻想に惑わされるのではなくて、正面からマンションの解消をいうその方向性は正しいように思う⁽⁴⁾。マンション法について専門外の筆者としては、そのあり方いかんは既存の議論に委ねたいが、ここでは、各所有者のマンション所有権をどう整理していくかが一つ大きな課題になると思われる。試論の域をまったく出ないが、一点だけ、民法二五五条に規定される添加理論の発想をここに応用できないか、問題提起をしておきたい。

わが民法は、「共有者の一人が、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」と規定する(二二五五条)。このことについて、学説では、共有の弾力性の表れと説かれたり、同時に一つの立法政策の帰結であるともいわれる。⁽¹⁷⁾ 明治二十七年の法典調査会では、こうした規定はこの国の法律にもないが、もしこの規定がないと、動産の場合は各別の不便は生じないだろうが、不動産の場合は、国が共有者となって煩わしい関係が生じて困るであろう(富井政章)⁽¹⁸⁾、不動産の場合は、国(または市町村)に帰属するのでよいが、動産についてはそうでないので、まるで関係ない人が取るよりも、共有者が取得する方が公平でよい(土方寧)⁽¹⁹⁾、動産については、残っている共有者が共有物の使用・管理をしているところに他人が先占してくるのは公安を害するし、不動産は、相続人のない不動産が国に帰属するとされるのは、開明の国で無主の不動産を先占取得するのは極めて少ないし、先占できるとしても動産と違って袂に入れることができず争いになるので、国に帰属するとして除外しておいた方が都合がいい、ということがあるところ、ここでは、共有者がいて現に管理・使用している場合なので、そうした不都合は生じないから、相続人のない遺産は国に属するとか無主の動産は先占できるとする規定を適用するのは、共有の精神に適わない(梅謙次朗)⁽²⁰⁾と説明されていた。

マンションについて、所有権放棄を承認し(可能とすべく手続を整備し)、そうすれば、本来は、無主の不動産として国に帰属する(民法二二九条二項)ところ、これを変更して、民法二五五条のコンセプトをここに応用し、国ではなく管理組合に帰属することとしてはどうであろうか。縁もゆかりもない国が取得するより、現にそのマンションを管理している管理組合があるから、管理組合に帰属せしめ、権利を集約していった方が合理的ではないか。所有権放棄であるから、当然、所有者は、無償でマンションを手放すことになる。しかし、負動産化したマンションであれば、それ以降管理費等の負担を免れることができるので、無償でも喜んで所有権放棄してくるのではないか。

それどころか、粗大ゴミを捨てるのも有料であることを思えば、逆に放棄料を徴収することとしてもよい。マイナス価格での譲渡ともいえるが、負債産化したマンションであつて、近い将来の解体を見込まなければならないのであれば、今の段階で放棄料として解体費用を申し受けておくことは、不合理ではあるまい。

一つの参考となる数字として、定期借地権付マンションにおいて解体準備金が徴収されているところでは、その金額は一戸当たり約二〇〇万円相当といわれる⁽⁸⁾。最後の後始末のためのある程度まとまった金額の支払いが求められてくることは、所有者としての責任の取り方として当然といわなければならない。もつとも、このいわば手切れ金が、負担感が重く感じられるほどの金額であると、放棄されてこずに、権利の集約が進まないことになるので、金額面のさじ加減は必要であらう⁽⁹⁾。

管理組合にしてみれば、所有権放棄された以降は、管理費等を徴収できなくなるが、負債産化したマンションについて、いつまできちんと管理費等が納入されてくるかの不安もあるであろうし、いずれ相続が開始して、相続登記がされなかったり、相続放棄されたりすると、管理費等の債権は法的には存在しても事実上行使しにくくなることを思えば、ここで一気にある程度まとまった金額(解体費用の一部)を受け取ることでよしとすべきではないか。相続放棄されて所有者不明となつてしまふ⁽¹⁰⁾よりも、さつさと所有権放棄してもらつた方がマシとはいえないか。

所有権放棄されたマンションを管理組合が引き受けることとすると、固定資産税の負担が管理組合に発生することになる。これも、所有権放棄されて管理組合に帰属したマンションについては、市町村において固定資産税を免除することとできないか。税収減になるが、権利の集約が進まず、廃屋マンションにでもなつてしまつたら、市町村には、所有者の探索や除却等の対応など、多大な手間と費用が発生しかねないわけで、その負担を思えば、ここで税収減を甘受してでも、権利集約を促進しておいた方がよくないか。

さらには、相続が開始して相続放棄され庫庫に帰属すれば（民法九五九条）、国有マンションとなるわけで、その場合の国の負担（管理費等は国が払うし、国は、固定資産税に代えて国有資産等所在市町村交付金を負担することになる。）を考えれば、⁽¹⁸⁾国にも、たとえば所有権放棄に向けての助成や支援策など、一定の費用負担が求められてしかるべきだと思う。

三方一両損というわけではないが、各利害関係者（管理組合、市町村、国）は、このまま所有権放棄を認めないまままでいたら、どういう事態になるか、それぞれのところでのどのような負担が発生しかねないかをよく想像して、所有権放棄（されてくることにともなう不利益）を甘受すべきである。権利集約を促進する一つの仕組みとしても、マンション所有権の放棄の制度が整備されてしかるべきではないか。

マンションを解消していくのに、所有権の整理とならんでもう一つ大きな課題となるであろうのは、建物の解体費用の工面であろう。修繕積立金が十分に積み上がっていて、それでまかなえればよいが、⁽¹⁸⁾戸建てではなくてマンションであるから造りが鉄筋コンクリートなど堅固であって、その取壊しには多額の費用を要することが予想される。⁽¹⁹⁾マンションなので、普通は都市圏にあって好立地のことが多いので、建物を取り壊して更地となれば、その敷地を売却することで、かかった解体費用を回収できることも少なくないであろう。⁽¹⁸⁾しかし、そうはいかない場合もあるのではないか。地方圏のリゾートマンションなどは、地価が安そうだし、⁽¹⁸⁾都市圏でも最近はやりのタワーマンションは、高層だけに解体費用が多額になって、⁽¹⁹⁾敷地の売却代金でまかなえない、などということはないか。リゾートマンションやタワーマンションでなくても、人口減少社会のもと、敷地がもはやマンション立地でないということになれば、都市圏であっても（郊外を中心に）、土地に買い手が付かないとか、安くにしか売れないことになりはしまいか。⁽¹⁹⁾権利が

いかに集約されても、先立つものがなければ建物はそのまま残っていかざるを得ないわけで、建物解体の費用をどう工面することができているのが、各所有者のマンション所有権をどう整理していくかの問題とやらんで、大きな課題となってくるように思う。⁽¹⁹⁾

というよりむしろ、解体費用の用意が調わないなかでは、所有権の整理も進んでいかないのである。すでに解体費用の用意が調っていれば、負動産化したマンションの所有者は、あとはただ「捨てれば」いいだけなので（追加負担は求められないので）、気軽に所有権放棄してくるであろうし、管理組合も、そのようにして権利の集約が進んでいけばマンションを取り壊し更地にすることができ（市町村や国にも、公費での除却とか、国庫帰属とかによる負担が生じなくて済む）。これに対して、解体費用の用意が調っていない状況のもとでは、負動産化したマンションの所有者は、筆者の試論によれば放棄料のかかる（有償の）所有権放棄を迫られる（捨てるのにもお金がかかる）わけで、⁽²⁰⁾これには二の足を踏みかねない。とすると、権利の集約も進んでいかないのではないか。区分所有建物は、所有権の整理が済まないと解体できない。そこが、戸建てなど単独所有の場合とは、事情が異なるところである。その意味で、建物解体費用をどう確保していけるかが、区分所有建物であればこそ、大きな意味をもってくるように思う。

以上のことは、すでに負動産化した（あるいは負動産化しつつある）マンションだけでなく、すべてのマンションに妥当することである。現在は価値あるマンションであっても、いずれ時が経てば、等しく高齢年マンションになるわけで、負動産化するリスクは（程度の差こそあれ）どのマンションにもある。

このようにみえてくると、現状、マンションが、いずれ時が経てば解体しなければならぬという至極当然のことを前提とすることなく、つまり、いずれ必ずや発生する解体費用のことを考えることなく、建設されている実態には問題があるように思う。

参考になるのは自動車である。自動車については、廃車の不法投棄や不適正処理の懸念などから、使用済自動車の再資源化等に関する法律（平成一四年法律八七号）に基づく自動車リサイクルシステムが導入されており、これにより所有者は新車購入時に一定額のリサイクル料金を支払うこととされており、そのリサイクル料金は廃車になってリサイクルが実施される時まで、資金管理法人において管理される。

いずれこの世の中から消し去らなければならない存在であることは、クルマもマンションも変わらない。そうなるまでの期間の長さは違ふし、預かる廃棄費用の額も桁違いになるであろうので、マンションについてどのように制度設計していくかは今後の課題であるが、少なくとも、今の（最後のことを考えない）作りっぱなし、建てっぱなしというあり方は早急に改められるべきである。解体費用をあらかじめ預かるということになれば、当然、マンションの販売価格に跳ね返るので、マンションデベロッパーは反発するだろうが、もし、建てて売ったあとのことは知らん、あとのことは、買った所有者の責任、というのであれば、区分所有建物という、所有権の整理が必ずやいつかは必要になってくる（けれどもそれが構造的に困難な、その意味では厄介な）存在を、この世の中に物理的に作り出した者として無責任であろう。現在のあり方を続けていくと、負動産化したマンションを、結局は、公費で、税金で後始末しなければならなくなることに¹⁹⁶なりかねない。これからのあり方を早急にどこかの段階で決断していく必要があるように思う。

「負動産」マンションを、所有者が相続の機会を捉えて、相続放棄により国庫帰属させることは、現状でも可能である。国がそうしたマンションの最終的引き取り手となっていくことは、今後、じわじわと普遍化していくのではない。か。そうした立場にある国であればなおのこと、売れない、タダでも引き取り手の現れない、解体しようにも費用の工面がつかないマンションを最後、どうするか、マンションのいわば出口問題に取り組むべき時期に来ているように

思う。

(注)

(1) ここでマンションとは、賃貸マンションではなく、区分所有される分譲マンションをいう。また、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(マンションの管理の適正化の推進に関する法律(平成二年法律一四九号)二条一号、マンションの建替え等の円滑化に関する法律(平成一四年法律七八号)(以下、マンション建替え円滑化法と表記する。))二条一項一号を参照。)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、厳密にいえばマンションではないが、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、区分所有法と表記する。))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ョンの語を用いることとする。なお、マンションという語は、その建物全体を指す意味でも、建物内の区分所有される一住戸を指す意味でも用いられるが、「マンションの建物全体」、「マンション内の住戸」などと、言葉を使い分けて表記するのも煩瑣なので、文脈でご理解いただけることを期待して、本稿では、二義的ではあるが、マンションという語を両方の意味でそのまま用いることとする。

(2) いうまでもなく、刑罰を受けたたり行政上の規制に服したりしないかどうか、ではなく、放棄が所有権を消滅せしめるかどうか(それとも、放棄には制約があつて所有権消滅の効果は生じないのか)、という意味においてである。また、所有権放棄といつても、マンション(建物)全体ではなく、自分の住戸部分の所有権(区分所有権)を放棄する意味である。

(3) 捨て方のルールに抵触する捨て方であつたときに、ルール違反により刑罰を課せられるなど、一定の責任が生じ得る(廃棄物の処理及び清掃に関する法律(昭和五年法律一三七号)は、一条において「何人も、みだりに廃棄物を捨ててはならない。」と規定し、二五条一項一四号において、違反者は五年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科すると規定する。また、一九条の四は、原状回復等を内容とする措置命令を規定する。)ことは当然としても「捨てたこと」の民事上の法律効果(所有権放棄による所有権消滅)まで否定されるのかは、一個の問題である。このことについては、拙著「土地所有権の放棄―所有者不明化の抑止に向けて―」土地総合研究二五巻二号(平成二九年)一一九―一二二頁を参照。

- (4) 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』(平成二十二年、有斐閣) 七八三頁（一七九条の注釈、徳本鎮執筆））。もともと、所有権放棄の法的性質については、よくよく考えてみると、はっきりしないところがある。このことについては、拙著「所有権放棄とはなんであるか―不動産所有権放棄の可否をめぐる議論の前提として」札幌学院法学三二巻二号（平成二十八年）一―三五頁を参照。
- (5) つるけんたろう『0円で空き家をもって東京脱出!』（平成二十六年、朝日新聞出版）を参照。
- (6) 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（前掲（注(4)）『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））。
- (7) 建物解体により生じた廃材等（建物の有形的変形物）に対する所有権は、残る（前掲（注(4)）『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））が、動産に対する所有権であるから、物を廃棄することで所有権を消滅させることができる。解体や廃材廃棄には費用が発生するであろうが、普通に動産を捨てるときでも一定の費用が発生し得ることを考えれば、当然の負担といえよう。
- (8) もともと、不動産売却は、通常、仲介業者を通じて買主を探すことになるところ、仲介業者も手数料商売なので、売買価格が安いと営業活動に身が入らないといわれる。たとえば、売れた価格が一〇〇万円だと、仲介手数料は五%の五万円、売主・買主の双方から手数料を取るいわゆる両手の場合でも倍の一〇万円にしかならない。営業経費を考えると、これでは採算が合わないだろう。こうしたことを踏まえ、国土交通省は、平成三〇年一月一日から、四〇〇万円以下の空き家などの不動産取引につき仲介手数料の上限規制を緩和した（<http://www.mlit.go.jp/common/001213670.pdf>）。
- (9) 椎葉基史『身内が亡くなってからでは遅い「相続放棄」が分かる本』（平成三〇年、ポプラ社）一一七―一二三頁を参照。
- (10) 萩原博子『萩原博子の金持ち老後 貧乏老後』（平成二十四年、毎日新聞社）一七五頁を参照。
- (11) 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。
- (12) こうした事情を述べるものは近年、少くないが、さしあたり、牧野知弘『2020年マンション大崩壊（文春新書1039）』（平成二十七年、文藝春秋）八九―九七頁を参照。

(13) ただし、被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法(平成七年法律四三号)(以下、被災マンシヨン再建特措法と表記する。)一〇、一一条は、政令の定める災害による大規模一部滅失(区分所有法六一条五項)の場合に、特別多数決による建物取壊しを可能としている。

(14) もっとも、マンシヨンは所有しているだけで、管理費、修繕積立金などのある程度大きな金額の費用負担が発生するので、その所有者は自分にとって所有する利益がないのであれば、ある程度早くに手放そうとするのではないか。土地ならばその所有コストは基本、固定資産税だけだし、戸建ての建物も管理しないで放置することが事実上可能なので、所有コストは比較的些少で済むがゆえに、とりあえず様子見で所有者が手放さずに抱え込むことになりやすい。その点、マンシヨンは、管理費等を強制的に徴収されてしまうので、費用負担はほなしにそのまま放置、とはいきにくい。その意味では、マンシヨンが負の資産と化して抱え込んでしまうというリスクは、それほど大きくないかもしれない(土地などと違って、早期に手放そうとするから)。とはいえ、手放せた場合、というのは、その先に譲受人がいるわけで、安く買った方がいいが、売り損ねた(逃げ遅れた)新所有者が、ババ抜きの場合、というの、安く買った方がいいが、売り損ねた(逃げ遅れた)新所有者が、ババ抜きのババを抱え続ける(次にババを引いてくれる人がいない。安くすれば売れると思つたのに...)という構図ともいえようか。

(15) 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(二三九条の注釈、五十嵐清・瀬川信久執筆)。

(16) なお、一つの物を一人が所有する単独所有ではなく、共有物に対する持分権であれば、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。

また、地役権の承役地の所有者に土地所有権の放棄を認める民法二八七条もある(承役地所有者に負担を免れる途を開く趣旨である。)が、ここでは、放棄といっても、承役地の所有権を地役権者に無償で移転することを内容とするものであって、単なる放棄ではない(相対的放棄と呼ばれ、物を無主とする絶対的放棄とは区別される。)

(17) 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)一〜二八頁。

(18) 先行研究である藤巻梓「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)七三頁も、このことをいう。もっとも、ここでは同時に、不動産には多くの公法上の負担が設定され、また、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、要件や手続の検討が必要であるなどとされてきて、不動産所有権放棄に対する否定的なニュアンスがすでに感じられなくなかった。

この先行研究と相前後して、この問題を本格的に論じる論者がいくつかみられるようになっていて、そこでも、一（一般論は別として、少なくとも）要らないので（売るとかではなくて）ただ捨てたいということになってしまいうような「負」の不動産に限っていえば―不動産所有権の放棄は許容されるべきではないとする論調が、学説において、近年、顕著になってきている。なお、裁判例でも、若干特殊な事案についての下級審判決ではあるが、土地所有権放棄を無効と解した例がある（広島高裁松江支部平成二八年二月二一日判決（平成二八年（ネ）五一号））。

すなわち、鎌野邦樹「縮小都市における『住居所有権』の在り方」住総研研究論文集三八号（平成二四年）三七頁、四七頁注一（所有者は、所有物についてそれが消滅するまでの責任を負うと考えるべきであり（市町村による一般廃棄物処理等、消滅の責任を第三者に委ねることができるとは別）、債権など権利一般は放棄できても、所有権の放棄は基本的に認められず、土地・建物等の不動産についても放置の自由はあるが、放棄の自由はない、所有権を放棄して物を第三者が無主物先占するとみられる場合も、不特定多数の第三者に対する無償譲渡（「自由にお持ち下さい」）である、民法二二九条から遺棄（所有権放棄）の自由が容認されていると解すべきではないとする）、平野裕之『物権法（新・論点講義シリーズ10）』（平成二四年、弘文堂）二〇一頁（他人に迷惑をかける形での所有権放棄はできないとして、その一例として、不動産について単独の意思表示で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营造物責任を負わせることができるのは不都合であるとする）、沖野真巳「所有権放棄の限界―「財団放棄」をめぐる議論の整理のために（基調講演）（特集 破産手続における放棄に関する諸問題（全国倒産処理弁護士ネットワーク第14回全国大会（福岡））」事業再生と債権管理一五〇号（平成二八年）五〇一〇頁（そもそも不動産所有権放棄の場合に民法二二九条二項が妥当するのか、民法は不動産の所有権放棄を想定せず、民法上、これは認められていないのではないかと問う）、山野目章夫「表示に関する登記の課題と展望」登記研究八二一号（平成二八年）五二頁（これまで甘い汁を吸っておきながら、負担が重くなったからといって放棄して国に引き取ってもらおうというのは都合が良過ぎるという批判や国民世論に配慮しながら、土地所有権放棄の可否を考えるべきで、簡単にこれを認めていいとはならないとする）、同「所有者が不在の土地?（SWAT畑中悦子の事件簿 第16話）NBL一〇九一号（平成二九年）六三頁（要らない土地が問答無用で国（ひいては公共）に押し付けられるのは正当化し難く、土地所有権放棄は、国

- との協議が調う場合にかぎり許されるといふ考え方はあり得るとする。)、吉田克己「土地所有権の放棄は可能か(特集 所有者不明地等の課題と対応)」、土地総合研究「二五卷二号(平成二九年)一〇八頁・同「不動産所有権放棄をめぐる裁判例の出現」市民と法一〇八号(平成二九年)七頁(土地所有権の放棄は、通常、国の利益を害するので、認められないのが原則であるとする。)、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―」広島法学四一卷三号(平成三〇年)二二一―二二〇頁(一般論として土地所有権の放棄が許されるとしても、地方にある山林のように、財産的価値が乏しく、管理等に手間・暇・費用のかかる土地は、放棄を認めると国庫に帰属するという現状では、そう簡単に放棄の効力が認められるとは考えにくい、広島高裁松江支部平成二八年二月二二日判決のように、当該案件において土地所有権放棄が権利濫用等によって制限されるとするのは、法的紛争の結論の点で妥当とする。)、登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」(http://www.kinzai.or.jp/specialty/registration.html) 第4回会議 議事要旨(平成三〇年)一―二頁(①民法三九条二項は、所有権放棄を可能と規定するものではないこと、②所有権は権利と義務の総体なので、所有者の意思で一方的に放棄して義務を免れることができるとは解し難いこと、③土地所有権の一方的な放棄を可とすると、土地の管理費用等の負担を国に付け替えられることになり不合理であることなどから、現行法上、所有者の単独の意思表示による土地所有権放棄はできず、また、土地所有権の放棄を一般的に認めた上で当該事案では放棄が権利濫用に当たるとした下級審裁判例があるが、土地所有権の放棄が権利濫用にならない場面は考え難いとする。))など。
- (19) 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。
- (20) BGBでは、わが国におけると異なり、土地のみが不動産とされ、建物や樹木など土地に附着するものは土地の本質的構成部分とされる(九四条一項)。
- (21) したがって、ここでは、複数の者が先占を相争う事態も起こり得て、実際にそうした紛争が起きている。
- (22) こうした法状況は、わが民法でのような、無主の不動産は当然に国の所有に帰するとする法制(当然取得構成)のもとでは出てこない。無主の土地を我が物としかどうかを国の意思に委ねる法制(先占構成)ならではである。
- (23) 先行研究として、すでに藤巻・前掲(注18)静岡大学法政研究一六巻一―四号九八―七二頁がある。本稿は、これに負うところが大きい。
- (24) 筆者は、この間、行きがかり上、土地所有権放棄の可否を扱う論考をいくつか公にしてきたが、筆者の本来の専門(という

のもおこがましいが)は損害賠償法であつて、不動産法や土地法、ましてやマンション法はまったくの門外漢である。すでに優れた先行研究があることもあり、本稿執筆は大いにはばかれたが、土地以上に、「ゴミ化」したときの社会的影響が看過できないマンションについても、考察を試みる意義を感じ、本稿を公にする次第である。筆者のなかでは執筆の構想自体は早くにあったが、もともと遅筆であることもあり、この分野は門外漢でもあるので、本稿執筆には大いに年月を要した。費やした年月の割りには二番煎じの域をまったく出ないし、なにより思わぬ誤解をしているのではないかとの危惧感に苛まれているところであるが、意を決して本稿を公にする。

(25) さしあたり、鎌野邦樹『マンション法案内』(平成二二年、勁草書房)三二頁、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)Ⅸ 基本法コンメンタール』(平成一八年、日本評論社)八頁(区分所有法一条の注釈、内田勝一執筆)。なお、区分所有の法的構成については、専有部分だけは単独所有として、共有をできるだけ排除する「二元的構成」と、建物全体を共有として、共有をできるだけ維持する「一元的構成」とがあり、前者が一般的な理解であるとされる(さしあたり、玉田弘毅「区分所有権の法的構成」加藤一郎・米倉明編『民法の争点Ⅰ(総則・物権・親族・相続)(ジュリスト増刊)法学の争点シリーズ3-1』(昭和六〇年、有斐閣)一四六―一四七頁、稻本洋之助・鎌野邦樹『コンメンタール マンション区分所有法 第三版』(平成一六年、日本評論社)四頁(区分所有法一条の注釈))。

(26) (a)専有部分と(c)敷地利用権の放棄についてであるが、濱崎恭生「建物の区分所有等に関する法律の改正について(四)」法曹時報三七巻五号(昭和六〇年)一一六頁(同「建物の区分所有法の改正」(平成元年、法曹会)一一三頁所収)(区分所有法二四条の注釈)、青山正明編『区分所有法(注解不動産法 第五巻)』(平成九年、青林書院)一一二頁(区分所有法二四条の注釈、大内俊身執筆)、前掲(注25)『マンション法 第三版(基本法コンメンタール)』四八頁(区分所有法二四条の注釈、藤井俊一執筆)、前掲(注15)『新版注釈民法(7) 六八〇頁(区分所有法二四条の注釈、青山正明執筆)、稲本・鎌野・前掲(注25)』コンメンタール マンション区分所有法 第三版』一四三頁(区分所有法二四条の注釈)。

(27) なお、(b)共用部分の共有持分権について、共用部分は区分所有建物の存立に不可欠な部分なので、その持分を放棄して管理上の負担を免れることは許されるべきでないとして、放棄できない、といわれることがある(前掲(注25)『マンション法 第三版(基本法コンメンタール)』三二頁(区分所有法二二条の注釈、大野秀夫執筆)、稲本・鎌野・前掲(注25)『コンメンタール マンション区分所有法 第三版』八四頁(区分所有法二二条の注釈)など)が、これは、(a)専有部分を保持しながら、(b)

共用部分の共有持分だけを放棄することは許されないとする趣旨であろう（a）専有部分もとも放棄することの禁止まで当然に含意するものではないだろう。

- (28) (a) 専有部分が放棄されると、共用部分の持分は専有部分の処分に従う（区分所有法一五条一項）ので、(b) 共用部分の共有持分も併せて放棄されたことになる。これに対して、(c) 敷地利用権については、この種の規定を欠くので、(a) 専有部分が放棄されたときに(c) 敷地利用権も放棄されたことになるのかどうか問題になる。昭和五八年の区分所有法改正にかかわった立法担当等によると、主物従物（民法八七条）の解釈または放棄者の意思解釈によることになる（濱崎恭生「建物の区分所有等に関する法律の改正について（二）」法曹時報三七卷三三三号（昭和六〇年）九一〜九二頁（同・前掲（注26）『建物区分所有法の改正』六八頁所収）、同・前掲（注26）法曹時報三七卷五号七七頁（同・前掲（注26）『建物区分所有法の改正』一七四頁所収（区分所有法二二条の注釈））。同改正において、法制審議会から答申された要綱では、(b) 共用部分の共有持分におけるならつて、(c) 敷地利用権は(a) 専有部分の処分に従うものとされていたが、土地と建物とをそれぞれ独立の不動産とするのが法の法制上、(a) 専有部分と(c) 敷地利用権（特にそれが所有権である場合）との間に、一般的に主従の関係がはいえるかは問題であるなどとして、立案段階で、こうした趣旨の規定を置くことは見送られた（濱崎・前掲法曹時報三七卷三三三号九一〜九二頁（同・前掲（注26）『建物区分所有法の改正』六八頁所収））。

なお、(c) 敷地利用権が賃借権であるときは、(c) 敷地利用権は、(a) 専有部分の従たる権利として民法八七条二項により(a) 専有部分の処分に従うと解されている（前掲（注25）『マンション法 第三版（基本法コンメンタール）』四四頁（区分所有法二二条の注釈、藤井俊二執筆）、稲本・鎌野・前掲（注25）『コンメンタール マンション区分所有法 第三版』一三四頁（区分所有法二二条の注釈））。

- (29) さしあたり、高柳輝雄「建物区分所有法の主要改正点」旬刊金融法務事情一〇二七号（昭和五八年）一二頁、前掲（注26）『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）、石田穰「民法大系(2) 物権法」（平成二〇年、信山社）四一五〜四一六頁、稲本・鎌野・前掲（注25）『コンメンタール マンション区分所有法 第三版』一四四頁（区分所有法二二条の注釈）。

- (30) 水本浩・遠藤浩編「住宅関係法（別冊法学セミナー）65 基本法コンメンタール」（昭和五九年、日本評論社）二九四頁（区分所有法二二条の注釈、石田喜久夫執筆）。

- (31) 濱崎・前掲(注26) 法曹時報三七卷五号一六頁(同・前掲(注26) 『建物区分所有法の改正』二二三頁所収)(区分所有法二四条の注釈)。
- (32) 濱崎・前掲(注26) 法曹時報三七卷五号一七頁注一(同・前掲(注26) 『建物区分所有法の改正』二二四頁注一所収)(区分所有法二四条の注釈)。
- (33) 前掲(注26) 『新版注釈民法(7)』六八〇頁(区分所有法二四条の注釈、青山執筆)。
- (34) 青山編・前掲(注26) 『区分所有法』一一二―一二三頁(区分所有法二四条の注釈、大内執筆)。
- (35) さらに、鎌野・前掲(注18) 住総研究論文集三八号三七頁は、戸建て住宅において住居所有権の放棄を認めないので、マンションにおいても同様の趣旨であろう。
- (36) 拙著「不動産所有権の放棄と国庫帰属―各地の財務局への情報公開請求からみえてきたもの―」札幌学院法学三四卷一号(平成二九年)一―五一頁。
- (37) 拙著「相続人のいないマンションの国庫帰属―各地の財務局への情報公開請求からみえてきたもの(第二弾)―」札幌学院法学三五卷二号(平成三一年)一―二三頁。もちろんマンションであるから、相続放棄により相続人がいなくなっても、普通は価値があつて売れるであろうので、相続人不存在により選任される相続財産の管理人が権限外行為許可の審判を家裁で受けて、売却し(現金化し)、現金で家裁に納付するのが通常である(したがつて、マンションのまま国庫に帰属する、ということには、普通は、ならない)。しかし、なかには、どうにも売れずに残ってしまうマンションがあり、そうしたマンションは現金化されずにマンションのまま、国庫に帰属することになる。
- 相続人不存在によりマンションのまま(現金化されずに)国庫に帰属した実例は、これまでのところ少なくとも五件あり、うち三件はたしかに相続放棄により相続人不存在となったものである。残る二件は、相続人がいたけれども相続放棄されたのか、身寄りがなくなるとも相続人がいなかったのかは不明である。
- (38) BGHZ 172, 338-345 = FfD-MfzR 2007, 238481 (Ls) mit Anm. von Wolf-Rüdiger Bub und Nicola Bernhard = JuS 2007, 1062 (Ls) mit Anm. von Karsten Schmidt = NJW 2007, 2547-2548 mit Anm. von Johann Demharter = ZHR 2008, 17-19 mit Anm. von Jörn Heinenann = ZMR 2007, 795-797 mit Anm. von Oliver Elzer = <https://openjur.de/u/78060.html>.
- (39) もっとも、本文でこのあと紹介する(7)ように、所有者全員が一緒になって、マンションをまるごと(建物ごと)所有権

放棄することは可能とされる。

- (40) この決定については、すでに藤巻・前掲(注18)静岡大学法政研究一六巻一〜四号七九〜七五頁に詳細な紹介がある。
- (41) 注(40)を参照。
- (42) 藤巻梓「区分所有者とその団体の法的関係に関する一考察(一)―ドイツ法における最近の議論の展開を中心に―」早稲田法学八三巻四号(平成二〇年)一四四〜一四五頁注三、同(翻訳)改正ドイツ住居所有権法(試訳)(資料)「早稲田法学八三巻四号(平成二〇年)二二八頁注一を参照。
- (43) BGHZ 172, 338-339.
- (44) Christian Armbrüster, in: Bärnmann, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 14.Aufl. 2018, §1 Rn.167.
- (45) バイエルン最上級ラント裁判所一九九一年二月一四日決定(BayObLGZ 1991, 90-92 = NJW 1991, 1962)「ツヴァイブリュックケン上級ラント裁判所二〇〇二年七月一日決定(ZWE 2002, 603-604)「ツェレ上級ラント裁判所二〇〇三年六月二七日決定(MDR 2004, 29-30 = ZfR 2003, 1040-1041)。本文に後述するが、これらに「否」れども、住戸所有権の放棄は認められないとしていた。
- (46) ZMR 2007, 382-384.
- (47) BGHZ 172, 339.
- (48) BGHZ 172, 339 und 341.
- (49) BGHZ 172, 340-341.
- (50) WEG 一一条は「一項において、このように住戸所有者からの廃止請求を基本的に許容しないが、これにとどまらず、二項において「共同関係の廃止を請求する差押債権者の権利(BGB 七五一条)および倒産手続中に存在する権利(倒産法(Insolvenzordnung) 八四条二項)は、排除される」と、三項において「共同関係の管理財産に対する倒産手続は、行わない」と規定して、第三者からの廃止請求をも許容しなす。
- (51) Andrik Abramenko, in: Jennifsen, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 5.Aufl. 2017, §11 Rn.1, vgl. auch Wolfgang Luke, in: Weinauer, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 9.Aufl. 2005, §11 Rn.1-2.
- (52) BGB 七四九条は「一項において「各持分権者は、いつでも共同関係の廃止を請求することができる」と、二項において「廃止を請求する権利が合意により、永久にまたは期限を定めて、排除されている場合であっても、重大な理由が存するときは、

- 廃止を請求することができる。告知期間が定められた場合は、同一の条件のもとで、その期間を守ることなく、廃止を請求することができる」と、三項において「廃止を請求する権利を、これらの規定に反して排除または制限する合意は、無効である」と規定する。
- (53) Martin Sulimann, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. (注釋), §11 Rn.1, vgl. auch Stefan Hügel und Oliver Elzer, in: Hügel/Elzer, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 2. Aufl. 2018, §11 Rn.1 und 4; Wolfgang Schneider, in: Riecke/Schmid, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 5. Aufl. 2019, §11 Rn.1.
- (54) Heinrich Kreuzer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, §11 WEG Rn.4.
- (55) Egbert Kimmel und Nicole Vandenhouten, in: Niederführ/Kimmel/Vandenhouten, WEG: Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht, 12. Aufl. 2017, §11 Rn.1.
- (56) BGHZ 172, 340.
- (57) WEG六条は、「一項において「特別所有権は、それが属する共有持分とともにでなければ、譲渡し、または、その上に負担を設定することはできない」と、二項において「共有持分に対する権利は、共有持分に属する特別所有権に及ぶ」と規定する。
- (58) 連邦通常裁判所による整理では紹介が割愛されているが、デュッセルドルフ上級ラント裁判所二〇〇七年二月六日呈示決定は、このように、「物的な—所有権放棄と—債務法上の—権利共同関係存続とは、厳格に区別されるべきであるとする (ZMR 2007, 384)。
- (59) 連邦通常裁判所による整理では、このように短く紹介されているが、デュッセルドルフ上級ラント裁判所二〇〇七年二月六日呈示決定は、このことについて、WEG一六条二項からの潜脱が指摘されて住戸所有権放棄の無効性がいわれるとき、それは、すべての持分権者がお互いに、共同の負担や費用を持分に応じて負わなければならないという義務が問題とされている。過ぎなのので、すべてに述べてきたことの参照を求めることで足りるとする (ZMR 2007, 384)。
- (60) ZMR 2007, 384.
- (61) BGB二四二条は、「債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実が求められるところにしたがって、給付を行う義務を負う」と規定する。
- (62) BGB三二三条は、「一項において「契約の基礎となった事情が契約締結後に重大に変更し、当事者がこの変更を予見してい

たならば契約を締結しなかったまたは異なる内容で契約を締結していたであろう場合は、個別事例のすべての事情とくに契約上または法律上のリスク配分の顧慮のもと、変更なき契約の固持を一方当事者に期待することができないときは、契約の適合理化を請求することができる」と、二項において「契約の基礎となった本質的な観念が誤りであると明らかになった場合は、事情の変更と同様である」と、三項において「契約の適合化が可能でないまたは一方当事者に期待できない場合は、不利益を受ける当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係では、解除権に代えて、解約告知権が生じる」と規定する。

(63) 基本法一四条は、一項において「所有権および相続権は、保障される。内容および限界は、法律でこれを定める」と、二項において「所有権には義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に資するものでなくてはならない」と規定する。

(64) BGHZ 172, 339-340.

(65) このことは、本文でこのあと紹介する(61)のように、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日決定においても指摘される。ドイツにおける住戸所有権の内容理解については、さしあたり、藤巻梓「区分所有者とその団体の法的関係に関する一考察(二)完」—ドイツ法における最近の議論の展開を中心に—『早稲田法学八四卷二号(平成二十二年)二三四頁、伊藤栄寿『所有法と団体の法の交錯—区分所有者に対する団体的拘束の根拠と限界』(平成二十三年、成文堂)一一七頁を参照。

(66) 共有持分の放棄をめぐる立法時の議論については、注(72)を参照。

(67) B G B 七四八条は、「各持分権者は、他の持分権者に対して、共同対象(gemeinschaftlicher Gegenstand)の負担、ならびに、維持、管理および共同利用の費用を、その持分に応じて負担する義務を負う」と規定する。

(68) BGHZ 115, 1-11 = EWfR 1991, 1075 (Ls) mit Anm. von Friedrich Quack = JR 1992, 149-152 mit Anm. von M. Hensler = Jus 1992, 154 (Ls) mit Anm. von Karsten Schmidt. 一の一九九一年六月七日判決についても、すでに藤巻・前掲(注(8))静岡大学法政研究一六卷一〜四号九〇〜八七頁に詳細な紹介がある。

(69) BGHZ 172, 209-218 = DNotZ 2007, 840-844 mit Anm. von Christian Kessler = Jus 2007, 1062 (Ls) mit Anm. von Karsten Schmidt = NJW 2007, 2254-2256. 一の五月一〇日の決定についても、すでに藤巻・前掲(注(8))静岡大学法政研究一六卷一〜四号八七〜八三頁に詳細な紹介がある。

(70) このことについて、五月一〇日の決定に説明がみられるので、簡単に紹介しておこう。すなわち、五月一〇日の決定は、単独所有権が有効に放棄されれば土地は無主になり、ラントの国庫にその先占権が認められる(B G B 九二八条二項)が、一人

または複数名の持分権者が持分を保有しているかぎり、土地そのものが無主になることはない、土地に対する観念上の持分が放棄により無主になるとみることにも問題があり、BGBは無主という概念を土地所有権や動産所有権の放棄にのみ結び付けていて、この考え方によれば、それら以外の権利が放棄されると権利が無主になるのではなくて、権利が消滅すると、土地の共有持分の放棄を認めることは、すでに概念上、困難であるとする (BGHZ 172 214)。

もともと、放棄された共有持分の無主性を認める学説もあり (Ingo Reichard, Der Verzicht auf einen Miteigentumsanteil, in: Wolfgang Baumann, Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach und Wolfgang Marotzke (Hrsg.), Gesetz Recht Rechtsgeschichte, Festschrift für Gerhard Otto zum 70. Geburtstag (2005), S.265-284, 275 und 279) / 連邦通常裁判所のこの論理は必然ではなやうである。

(71) このことについても、五月一〇日の決定に説明がみられるので、簡単に紹介しておこう。持分権者は、なにゆえ、共有者共同関係の合法的な廃止までこれに拘束されるかという点、五月一〇日の決定は、共有者共同関係の構成員であるという地位は、主体がないということを観念できず、放棄と同時に消滅するといわざるを得ず (共有者共同関係の存続は、共同の土地に対する共有持分が相合わさって一個の全体となつていることを前提とするところ、持分一つが消滅すると、この前提を欠いてしまふ (筆者注・わが民法二五五条が規定するような持分の放棄による他の共有者への当該持分の当然帰属 (添加理論) は、ドイツでは前提とされていない。) ので、共有者共同関係は解消されてしまふ)。しかし、このことは、持分共同関係の解消についてのBGB規制 (持分権者は共同関係の廃止を求める債務法上の請求権を有する (BGB七四九条一項) もの、土地の場合、共同関係の廃止は売却による分割 (BGB七五三条) によつてされるので、買受け申し出がなかったならば共同関係は存続せざるを得ず、共同関係の廃止には、共同関係の終了に向けられた全員一致の決定を要することになる。) を潜脱することになるので、認めることができないとする (BGHZ 172, 214-215)。

(72) BGBの第一草案は、共有持分の放棄を許容する明文の規定を置いていた。すなわち、第一草案九五〇条は、第一草案八七二条 (現BGB九二八条) や、第一草案九〇四条 (現BGB九五九条 (動産所有権の放棄) など) を共有者の持分にも適用すると規定していたのである。

これは、明文規定を置いておかないと、所有権放棄についての規定が共有にも適用されるか、疑いを生ぜしめかねないと危惧されたためであり、ここでは、持分の放棄による他の共有者への当該持分の当然帰属 (添加理論) を否定する立場から、土

地に対する持分権の放棄の効果として、(単独所有権の放棄の場合と同様の)先占権者による先占がいわれた(私人である共有者に優先的先占権を認めることは不適切であると考えられた。)(Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd.3: Sachenrecht, 1888, S.443)。

ところが、第二読会において、持分放棄の効果をめぐる、複数の動議が出されることとなる。そして、添加理論をいう動議に対しては、持分に負担が伴っていた場合に、共有者に負担を負わせることになると反対され、また、添加理論に代えて、(放棄された持分の無主性を前提に)放棄された持分につき共有者に(国庫に優先する)先占権を認めようという動議に対しては、錯綜した規制になると反対されて、結局、第一草案九五〇条で扱われている諸問題について特別の規定を置くことを断念し(第一草案九五〇条を削除し)、それら諸問題の決定は解釈に委ねることにされた(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.3: Sachenrecht, 1899, S.279-281)。

放棄された持分がどうなるか(持分放棄の効果)をめぐるのは、(a)添加理論を肯定して、他の共有者への当然帰属を認めるか、(b)添加理論を否定して、他の共有者には当然帰属せず、無主になるとみるか、(b)無主とみるとしても、(b1)国庫に当然に帰属するとみるか、(b2)(当然帰属ではなく)国庫に優先的先占権を認めるか、(b3)(国庫でなく)他の共有者に優先的先占権を認めるかと、諸説あり得たのである(vgl. Randolf Schnorr: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§741-758 BGB), 2004, S.289-290)。

五月一〇日の決定は、この立法史からは、土地の共有持分の放棄を許容する立法者の意思を言うことはできなく、立法者は、放棄の法律効果の規制だけでなく、放棄が許されるかどうかの問いへの回答も解釈に委ねた。立法者は、もし放棄を許容するつもりだったら、そのように規定し、法律効果の規制だけを断念したであろう、とするのである(BGHZ 172, 217)。

たしかに、この立法史からは、立法者が共有持分の放棄を許容する意思であったかどうかは、連邦通常裁判所もいっしょに、そうであるともそうでないとも、どちらともいえないだろう。学説でも、立法者はこの問題を決しなかったの、肯否どちらとも決するものが許される、とこれを(Roman Barwaldt: Keine Dereliction eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück - KG, OLGZ 1988, 355; JuS 1990, 788-790, 789-790; Lothar Briesemeister: Die Dereliction von Wohnungseigentum, ZWE 2007, 218-226, 224 und 225)。もちろん、立法者は共有持分の放棄を許容する意思であったとみる学説もある(Rainer Kanzleiter, Aufgabe des Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch Verzicht nach §928 BGB?, Besprechung von BGH, Urteil v. 7.6.1991 - V ZR 175/90, BGHZ 115, 1 = NJW 1991, 2488, NJW 1996, 905-907, 906)。

- (73) BGB 九〇三条一文は、「物の所有者は、法律または第三者の権利に反しないかぎり、自由に物を扱うことができ、他人のあらゆる作用を排除することができる」と規定する。
- (74) このことについて、五月一〇日の決定は、土地に対する所有権を放棄できる権利は、この所有者の権限の法的な派生であるが、この権限は無制約ではなく、法律や第三者の権利による制限があるとする (BGHZ 172, 217-218)。
- (75) BGHZ 172, 341-342.
- (76) BGHZ 172, 342.
- (77) WEG 三条一項は、「土地に対する共有 (BGB 一〇〇八条) は、BGB 九三条にかかわらず、土地の上に建てられたまたは建てられる建物のなかの、特定の住戸または居住目的に供されない特定の空間に対する特別所有権を各共有者に付与する方法により、共有者間の契約によって制限することができる」と規定する。
- なお、BGB 九三条は、「物の分離不可能な構成部分 (本質的構成部分) は、別個の権利の対象とすることができないことを規定する。
- (78) WEG 八条一項は、「土地の所有者は、土地登記所に対する意思表示により、土地に対する所有権を共有持分に分割し、各共有持分に、土地の上に建てられたまたは建てられる建物のなかの、特定の住戸または居住目的に供されない特定の空間に対する特別所有権を結合させることができる」と規定する。
- (79) BGHZ 172, 342-343.
- (80) BGHZ 172, 343.
- (81) BGHZ 172, 343.
- (82) BGHZ 172, 343-344.
- (83) BGHZ 172, 344-345.
- (84) WEG 四条は「一項において「特別所有権の付与および廃止には、権利変動の発生に関する当事者の合意および登記簿への登記を要する」と規定する。一つの特別所有権が廃止されると、その対象であった空間は共同財産となつて、その所有者は住戸所有者共同関係から脱け出ることになり、また、すべての特別所有権が廃止されると、普通の持分共有となる (Maximilian Zimmer, in: Jentßen, WEG, 5. Aufl. (注⑩), §4 Rn.23-24; Wolfgang Schneider, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. (注⑪), §4 Rn.

- 8-10)。いずれも、住戸所有者全員の合意が必要である。
- (85) 現行WEG二二条四項である。同項については、本文に後述する。
- (86) このことについての邦語文献として、さしあたり、藤井俊二「ドイツにおける住居所有権住宅(マンション)の復旧・建替え制度」早稲田法学七四卷三号(平成十一年)五六一―五七三頁、鎌野邦樹・竹田智志「区分所有建物の修繕・再建(復旧・建替え)及び終了をめぐる比較法研究覚え書き」千葉大学法経論集一五巻三号(平成十三年)一七〇―一七一頁、上河内千香子「区分所有建物の復旧及び区分所有関係の解消に関する一考察―ドイツ住居所有権法の議論を手がかりに―」琉大法学七八号(平成十九年)二二六―二〇〇頁、藤巻梓「ドイツ法(ミニ・シンポジウム「区分所有法制の国際比較」)」比較法研究七六号(平成二十六年)二〇二―二〇四頁。
- (87) WEG二二条は、「三項において「共同財産の管理が住戸所有者の規約によって規定されていない場合は、住戸所有者は、多数決により、共同財産の性質に適合した秩序ある管理を決議することができる」と、四項において「各住戸所有者は、規約および決議に適合する管理を請求することができるが、もし規約または決議が存しないときは、衡平な判断に照らし住戸所有者全体の利益に適合する管理を請求することができる」と規定する。
- (88) Werner Merle, in: Barmann, WEG, 14.Aufl. (註⁸⁸), §22 Rn.5; Nicole Vandenhouten, in: Nidentführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 12.Aufl. (註⁸⁹), §22 Rn.210; Arnold Lehmann-Richter, in: Staudinger, BGB, 2018 (註⁹⁰), §22 WEG, Rn.139.
- (89) Merle, in: Barmann, WEG, 14.Aufl. (註⁸⁸), §22 Rn.386; Horst Müller, in: Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 3.Aufl. 2016, D I 21, S.91; Michael J. Schmidt, Aufsatzung der Wohnungseigentümergeinschaft und Abriss des Gebäudes, ZfHR 2011, 809-812, 809 und 810.
- (90) 廃止した住戸所有者が、他のすべての住戸所有者―管理者による代理もあり得る―に対してもとなる(Kreuzer, in: Staudinger, BGB, 2018 (註⁹¹), §11 WEG Rn.27)。
- (91) Kümmel und Vandenhouten, in: Nidentführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 12.Aufl. (註⁸⁹), §11 Rn.10; Schmidt (註⁸⁹), ZfHR 2011, 811-812. 分譲のあり様のごとく検認するの「Danke Buhl, Die Liquidation der Wohnungseigentümergeinschaft, BWNoZ 2013, 130-136, 134-136.
- (92) Sulmann, in: Barmann, WEG, 14.Aufl. (註⁹²), §11 Rn.20; Abramenko, in: Jennßen, WEG, 5.Aufl. (註⁹³), §11 Rn.23-25; Schmidt

- (注8), ZfR 2011, 810.
- (93) Merle, in: Bärmann, WEG, 14.Aufl. (注8), §22 Rn.386; Vandenhouten, in: Niedenführ/Künneel/Vandenhouten, WEG, 12.Aufl. (注8), §22 Rn.219.
- (94) BGHZ 172, 345.
- (95) わが民法であれば、放棄された持分は他の共有者に当然帰属する(二五五条)が、このような添加理論はドイツでは前提とされていない。注(7)および注(2)をも参照。なお、わが国で添加との表現は、近年はあまり用いられない印象があるが、前掲(注15)『新版注釈民法(7)』四六三頁(二五五条の注釈、川井健執筆)ではなお、同条による持分権の他の共有者への帰属は添加とも称されるとする。
- (96) BGHZ 172, 345.
- (97) もっとも、土地の共有持分の放棄可能性と住戸所有権の放棄可能性とが、本文にいうように単純にリンクされてくることか必然かという点、そうではないだろう。すなわち、土地の共有持分であれば、共有者共同関係の廃止を求めることができる(BGB七四九条)ので、土地の共有持分の放棄が認められなくても、土地の共有者は、共有者としての地位から逃れる術がある。これに対し、住戸所有者の共同関係は廃止を求めることができないとされている(WEG二一条一項)ので、住戸所有権の放棄が認められないと、住戸所有者はどのようにしてその地位から逃れることができるか、という問題が出てくる(2)の(7)を参照^{g)}。
- (98) このことについて、デュッセルドルフ上級ラント裁判所二〇〇七年二月六日呈示決定にはさしたる説明がみられない(注69)を参照^{g)}が、学説では一定の説明が試みられている(2)の(8)を参照^{g)}。
- (99) BGHZ 172, 342.
- (100) 判例を支持して、住戸所有権の放棄は認められないとする注釈書の類いには、(網羅的ではないが)以下がある。理由をも述べるものには、その内容を括弧書きした。連邦通常裁判所がもろもろ論じ来たところのうち、そのいずれを挙げるかが各学説において微妙に異なることがうかがわれる。Armbruster, in: Bärmann, WEG, 14.Aufl. (注44), §1 Rn.169 (4)住戸所有者共同関係は解消すべき(5); Sullmann, in: Bärmann, WEG, 14.Aufl. (注2), §11 Rn.4; Zimmer, in: Jenniben, WEG, 5.Aufl. (注2), §4 Rn.22 und 26a (5)住戸所有者共同関係を解消する他の手段(6); Thomas Krause, in: Jenniben, WEG, 5.Aufl. (注17), §6 Rn.28;

ders. in: Jennißen, WEG, 5. Aufl. (注⑤), §9 Rn. 4b; Abramenko, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl. (注⑤), §11 Rn. 15 (⑥他の住戸所有者の負担が増す); Michael Cornichau, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, §11 WEG Rn. 8 (④MBO 1 一条の抵触) (⑨負担逃れ); Künnel und Vandenhouten, in: Niederführ/Künnel/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl. (注②), §11 Rn. 3; Wolfgang Schneider, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. (注③), §1 Rn. 117 (①土地に対する普通の共有持分における同様の要る) (④共同関係および住戸所有者間の特別の債務関係の一方的な部分廃止にならざるべし) (⑤); ders. in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. (注③), §7 Rn. 59 (②住戸所有権における特別の共同の拘束); ders. in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. (注③), §9 Rn. 11; ders. in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. (注③), §11 Rn. 20-21 (①土地共有は特別所有権と分離であること、土地に対する共有持分が放棄できない以上、住戸所有権も同様である) (④住戸所有者共同関係の一方的な(部分)廃止にならざるべし) (⑤住戸所有者は、自由に処分できる権利を、住戸所有権取得により放棄している) (⑥住戸所有者共同関係を去る他の手段あり) (⑥他の住戸所有者の負担が増す); Michael Then, in: Spielbauer/Then, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 3. Aufl. 2017, §4 Rn. 7 und §11 Rn. 2; Thomas Spielbauer, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl., §10 Rn. 3; Manfred Rapp, in: Staudinger, BGB, 2018 (注④), §1 WEG Rn. 50-50a (④住戸所有者共同関係は解消できない) (⑥他の住戸所有者に対する義務から免れることにはならない) (⑥他の住戸所有者の負担が増す); Heinrich Kreuzer, in: Staudinger, BGB, 2018 (注⑤), §10 WEG Rn. 53 (⑨配慮義務); ders. in: Staudinger, BGB, 2018 (注④), §11 WEG Rn. 6; Manfred Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, A III, Wohnungseigentum IV 6 Rn. 113b, S. 413-414 (①共有者及びいかなる類型の共有であること、共有者共同関係上、それが合法的に終了するまで、権利義務を負う) (④住戸所有者共同関係は解消できない) (⑥負担逃れ、他の住戸所有者の負担が増す); Wolfgang Schneider, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, §2 IV 1 Rn. 287-288, S. 105 (①住戸所有権も特別な形態の共有なもの、共有持分が放棄できない以上、住戸所有権も同様である) (④住戸所有権における共同関係法上の特別の拘束の維持) (⑤共同関係に永久に拘束されるわけではない) (⑤)

(101) Elzer (注⑧), ZMR 2007, 797.

(102) Schmidt (注⑧), Jus 2007, 1064.

(103) Echhart Pick, in: Bärmann, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 9. Aufl. 2003, §3 Rn. 79-80.

- (10) Armbrüster, in: Bärmann, WEG, 14.Aufl. (注^④), §1 Rn.169; Sulmann, in: Bärmann, WEG, 14.Aufl. (注^⑤), §11 Rn.4.
- (10) Eckhart Pick, in: Bärmann/Pick, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 19. Aufl. 2010, §1 Rn. 14 und ders., in: Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., §3 Rn. 30. なお、住戸所有権の放棄は権利全体を対象としなければならず、個々の空間や空間の一部分、特別所有権だけ、共有だけというのはできないとする。
- (10) カンツライタアは、土地の共有持分の放棄を無効と解した連邦通常裁判所一九九一年六月七日判決を批判して、一九九六年に「BGB九二八条による放棄を通じての、土地に対する共有持分の放棄?」と題する論説を著し (Kanzleiter (注^⑥), NJW 1996, 905-907)、判例・通説に反対する少数説の代表的論者である。この論説では、住戸所有権の放棄に妥当する特別な観点に「こつは論じない」といふ「結論として〔土地共有持分にこつは〕異なる判断にはならぬ」といふ (NJW 1996, 906 Fn. 2)。
- (10) Rainer Kanzleiter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 1.Aufl. 1981, §928 Rn.2.
- (10) Rainer Kanzleiter, in: MünchKomm BGB, 7.Aufl. (注^⑦), §928 Rn.4.
- (10) Jan Roth, Aufgabe von Miteigentumsanteilen und Wohnungseigentum gem. §928 BGB, ZinsO 2007, 757-760.
- (11) Roth (注^⑧), ZinsO 2007, 759.
- (11) Roth (注^⑨), ZinsO 2007, 757. このことをいうに際し、ロートは、連邦憲法裁判所が、所有権の実質を使い果たしてしまうような没収的な租税を違憲とし、また、汚染地浄化費用を土地所有者に課することを、費用が浄化後の土地の価額を超えるときは違憲としていることを援用して、負担が所有物そのものの価額よりも大きいためにその物をもはや意味あるようには利用できないときに、所有権の民事法上の形式的な法的地位を所有者に強いることも、同様に違憲でなければならないとする。私的有用性 (Privatnützigkeit) の理論を、土壤汚染地の所有者の状態責任 (Zustandshaftung) とのかかわりで紹介する邦語文献として、桑原勇進「状態責任の根拠と限界 (二) ドイツにおける土壤汚染を巡る判例・学説」自治研究八七巻一号 (平成二三年) 六六―七三頁。
- (12) Roth (注^⑩), ZinsO 2007, 759.
- (13) Roth (注^⑪), ZinsO 2007, 759. 同様にこの問題性を論じて、規制の間隙であり、憲法上の再検討を要するとするものとして、Michael du Carrois, Freigabe eines Grundstückes (Schuldner, was ist zu tun?), Anmerkung zum Beitrag von Wilhelm V.

/von Gosseln, ZInsO 2005, 358f; ZInsO 2005, 472-473.

問題性は、通説側の一部論者においても認識されていて、クロイツァは、所有権放棄の禁止が、破産債務者が義務を負い続けることを招くことは許されないとして、破産した住戸所有者は住戸を差し出すことで負担義務から解放されるというのでなければならぬと、「このことを行為基礎の障害(BGB三二三条)による解約告知権から説明する(Kreuzer, in: Staudinger, BGB, 2018, §10 WEG (注⑩) Rn.53 und ders., in: Staudinger, BGB, 2018, §11 WEG (注⑪) Rn.6 und 21-22)。

(114) 連邦通常裁判所一九九一年六月七日判決は、土地の共有持分の放棄を認めないことの二つの論拠として、BGB七四九条一項により、持分権者は、共同関係の廃止をいつでも請求できることを挙げていた(BGHZ 115, 9)。

(115) Briesemeister (注⑫), ZWE 2007, 219. 土地の共有持分以上に住戸所有権の放棄は許されないとするこの論理は、連邦通常裁判所二〇〇七年六月一四日判決があらわれるよりも前、土地の共有持分の放棄を認めない(連邦通常裁判所一九九一年六月七日判決が下された当時から、同判決に対する評釈のなかでいわれていた(Quack (注⑬), EWIR 1991, 1076; Hensler (注⑭), JR 1992, 153-154)。

(116) Briesemeister (注⑫), ZWE 2007, 225-226.

(117) Demharter (注⑭), NJW 2007, 2549.

(118) Briesemeister (注⑫), ZWE 2007, 224-225.

(119) Briesemeister (注⑫), ZWE 2007, 225.

(120) Briesemeister (注⑫), ZWE 2007, 226.

(121) エルツァは、WEG一〇条二項三文の援用のもと、共同関係への残留が、重大な理由から、個別事例のすべての事情をたくに他の住戸所有者の権利や利益を考慮しても不衡平と解される場合が、そのように部分廃止を請求できる場合であるといえるかもしれないとし、こうした不衡平性は、たとえば、特別所有権が居住空間または営業空間としてのその目的を果たし得ないときに認められるとする(Elzer (注⑯), ZMR 2007, 797-798)。

なお、WEG一〇条二項は、「住戸所有者相互の間関係は、この法律の規定により、この法律に特別の規定がないときは、共同関係に関するBGBの規定による。住戸所有者は、別段の明示の規定がないかぎり、この法律の規定と異なる規約を設定することができる。各住戸所有者は、個別の事例におけるすべての事情、とくに他の住戸所有者の権利および利益を考慮するとき、

現行の規制の維持が、重大な理由により不衡平と解される場合は、法律と異なる規約または規約の適正化を請求することができる。」と規定する。

- (121) Elzer (注⑧), ZMR 2007, 797-798.
- (122) Heinemann (注⑧), ZHR 2008, 22.
- (123) Heinemann (注⑧), ZHR 2008, 23.
- (124) Schmid (注⑧), ZHR 2011, 810.
- (125) Schmid (注⑧), ZHR 2011, 810.
- (126) Schmid (注⑧), ZHR 2011, 810-811.
- (127) Schmid (注⑧), ZHR 2011, 811.
- (128) シュミットは、WEG 一条一項三文は、WEG 二条四項と結合して、再生が不経済な事例での共同関係の解消について規制を設けることができる仕組みを提供しているが、そのような規制がされている例は多くなく、また、あとから合意を得ることも難しいとする (ZHR 2011, 810)。もっとも、ベック社のWEGの様式集に収録されている共同関係規則のひな形には、「克服しがたい障害が再建または再生の妨げとなつてゐる場合は、共同関係の各共有者は、その廃止を請求することができる。廃止は、他の共有者または第三者において、廃止を請求する者の住戸所有権を評価額で取得する意思を表示する場合は、これを阻止することができ」との条項(二一条三項)がある (Müller, in: Beck'sches Formularbuch WEG, 3. Aufl. (注⑧), D II 2, S. 100)。
- (129) Schmid (注⑧), ZHR 2011, 812.
- (130) 注釈書の類いにも「同じ論調のものがみられる。すなわち、Kimmel und Vandenhouten, in: Niedenführ/Kimmel/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl. (注⑧), §11 Rn. 8 (BGB 二四二条から、共同関係の廃止への共働を求める請求権は存し得るが、それは、廃止の拒絶が重大な理由から不衡平と解される場合に例外的にでしかない、WEG 二条四項の要件が満たされ、かつ、他の住戸所有者が建物の新築も特別所有権の解消もその気持ちがなくて、荒廃した建物をどうするか建設的な提案もしない場合は、そのような例外的事情であり得るが、建物の修繕が新築価額よりも高くつくというだけでは、この意味での重大な理由とはいえない、とする。); Abranenko, in: Jennigen, WEG, 5. Aufl. (注⑨), §11 Rn. 19 (共同関係の固持が異常な事情に基づき重大に不衡平である場合は、住戸所有者は、BGB 二四二条により共同関係の解消を請求できるが、それはまれな例外事例に

おいてでしかなく、とくに、住戸所有権の経済的換価性が不十分ということでは信義誠実による解消請求は正当化されない、建物が滅失したがWEG 11条一項三文にいう規約がない場合に、ある所有者が再建費用を分担する意思がなく、しかしそれにもかかわらず自分の特別所有権をそのまま利用する意思であるときは、共同関係が廃止できないというのは信義誠実に反し得る(とする)。Kreuzer, in: Staudinger, BGB, 2018 (注⑤), §11 WEG Rn.8 (廃止請求権を信義誠実から導く)と自体を、WEG 11条(とこの規定が存する)を理由に否定する。)

- (131) Buhl (注⑥), BWNNotZ 2013, 130-136.
- (132) Buhl (注⑥), BWNNotZ 2013, 131-132.
- (133) Buhl (注⑥), BWNNotZ 2013, 136.
- (134) Buhl (注⑥), BWNNotZ 2013, 132-134.
- (135) Buhl (注⑥), BWNNotZ 2013, 136.
- (136) Schmid (注⑧), ZfR 2011, 810.
- (137) Christian Arnbrüster, in: Bärmann, WEG, 14.Aufl. (注⑨), §9 Rn.13; auch Schneider, in: Bärmann/Seuß, WEG, 7.Aufl. (注⑩), §2 IV 3 b) Rn.296, S.106; Hardy Scheffler, in: Oliver Elzer, Rudiger Fritsch und Thomas Meier, Wohnungseigentumsrecht (NomosFormulare), 3.Aufl., 2018, §1 C II Rn.516, S.208-209.
- (138) Kimmel und Vandenhouten, in: Niederführ/Kimmel/Vandenhouten, WEG, 12.Aufl. (注⑩), §11 Rn.6.
- (139) Kreuzer, in: Staudinger, BGB, 2018 (注⑤), §11 WEG Rn.20. クロイツァは「そのうえ、経済上の問題は、原則的に、不能になく、行為基礎の障害と解されるべきである」とし、行為基礎の障害に基づく解約告知権を、一定の事例において承認する(Rn.20-22)。
- (140) Herbert Grziwotz, Schrottmobilien - Ausstieg oder mehrheitliche Umwandlung beim Wohnungseigentum?, ZfR 2017, 81-88.
- (141) Grziwotz (注⑩), ZfR 2017, 88.
- (142) Grziwotz (注⑩), ZfR 2017, 83.
- (143) Grziwotz (注⑩), ZfR 2017, 84.

- (144) Grziwotz (注¹⁴⁴), ZfR 2017, 84-85. グリッツヴォッツはさらに、休暇用住戸やホテル、学生寮としてとか世話サービス付居住のためとかなど、利用目的の限定があつて、そうした利用がもはや可能でなくなった場合に、他目的利用を排除するそうした目的規定をどのようにして適正化することができるか、の問題についても検討する (ZfR 2017, 85-87)。
- (145) WEG 一二条は、一項において「特別所有権の内容として、住戸所有者は、住戸所有権を譲渡するには他の住戸所有者または第三者の同意を要する、と規約により定めることができる」と、二項において「この同意は、重大な理由がなければ、拒むことができない。前項の規約により、特定の場合について、同意の付与を求める請求権を住戸所有者に付与することができる」と規定する。
- (146) グリッツヴォッツは、別稿において、「この同意拒絶の可否を論ずる (Herbert Grziwotz, Verwalterzustimmung und Schrottmobilen, NZM 2009, 812-813)。
- (147) Grziwotz (注¹⁴⁷), ZfR 2017, 87.
- (148) BGB 一六二九 a 条一項は、「父母がその法定代理権の範囲内においてまたはその他の代理権限者がその代理権の範囲内において法律行為またはその他の行為によって子への効力をもって成立させた債務、または、未成年である間になされた死亡を原因とする取得に基づき発生した債務についての責任は、成年に達した時点において存在する子の財産の在高位に制限される。未成年者が一〇七条、一〇八条または一一一条により父母の同意のもとにした法律行為による債務、または、父母が家庭裁判所の許可を得た法律行為による債務についても同様である。成年に達した者が責任制限を援用する場合は、相続人の責任につき適用される一九九〇条および一九九一条の規定を準用する」と規定する。このことについての邦語文献として、ドイツ家族法研究会 (代表・床谷文雄) 「親としての配慮・補佐・後見 (一) — ドイツ家族法注解 —」民商法雑誌一四二巻六号 (平成二二年) 一三五〜一三九頁 (右近健男執筆)。
- (149) Grziwotz (注¹⁴⁹), ZfR 2017, 87-88.
- (150) BGB 一九三六条は、「相続開始時に被相続人の血族も配偶者も生活パートナーも存しない場合は、被相続人が相続開始時に最後の住所地を有していた、または、最後の住所地を確定できないときは常居所を有していたラントが相続する。その他の場合は、連邦が相続する」と規定する。
- (151) 国は、相続人のいない相続財産を法定相続人として相続するが、無限に責任を負わなければならないわけではなく、責任を

相続財産に制限することができる。このことについての邦語文献として、少し古いが、太田武男・佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(平成元年、三省堂)九九頁(一九三六条の注釈、下村正明執筆)、一七〇〜一七三頁(一九六七条の前注、松倉耕作執筆)、二四七〜二四八頁(一九九三条の前注、佐藤義彦執筆)、二九〇頁(二〇一一一条の注釈、久保宏之執筆)。

(152) Grzwoz (注¹⁴⁰), ZfR 2017, 88.

(153) Demharter (注¹⁴¹), NJW 2007, 2549.

(154) Schmidt (注¹⁴²), JUS 2007, 1064.

(155) Gero Götz, in: Andrik Abramenco, Handbuch WEG, 2. Aufl. 2014, §1 D III 5 Rn.242, S.108.

(156) さらには、「共有」の捉え方の相違も無視できず、そもそも、本稿の問題について独日間で比較法的考察が可能か、疑問もあり得るかもしれない。ドイツにおける共有の内容理解については、さしあたり、伊藤栄寿「ドイツにおける共有者間の法律関係」(名古屋大学法政論集二五四号(平成二六年)一八三〜二一六頁)。

(157) もっとも、添加理論を採用するときは、土地の共有持分は他の住戸所有者に帰属するにしても、住戸に対する特別所有権がどうなるかその帰趨も考慮に入れて、住戸に対する特別所有権と土地に対する共有持分の帰属主体が分離してしまわないよう、制度上手当しておく必要がある。

(158) わが国においても、ドイツの判例・通説と同様に、放棄されると無主になるのではなく消滅すると解釈する可能性は排除されないだろうが、敷地利用権(土地の共有持分であれば、物権である。)が放棄により、添加もせずに消滅するとしたら、そのあと、どういう法律関係になるのだろうか。区分所有権についても、住戸そのものは物理的になお存在するのにな、これに対する所有権は消滅してしまつて不存在? しかも、その住戸を無主とはいわない、ということになると、その住戸を共用部分とでもみることになるのであろうか。あとの処理を考えると、無主になるのではなくて消滅する、との解釈は採りがたいように思う。

(159) ドイツでもゴミ不動産(Schrottmobile)という言い方がされていたが、わが国でも、「負動産」という表記は、すでに市民権を得たといえよう。さしあたり、朝日新聞取材班『負動産時代 マイナス価格となる家と土地(朝日新書708)』(平成三二年、朝日新聞出版)。近年は、「腐動産」という表記もみられる。

(160) 注(8)を参照。ドイツでは、土地所有権放棄の制度を明文でもって規定するなか、無主の土地につき国の当然取得構成ではな

く先占構成を採用する(一)ので、国への押し付けという問題にはならない。しかし、そうであるにしても、先占されてくるまでは無主としていわば放置されることになるわけで、一国ではないにしても社会全体の負担にはなり得る。にもかかわらず、ドイツの判例・学説は、e⑦(個別の住戸所有権の放棄ではなく)住戸所有者全員が一緒になって所有権放棄するのであれば、明示的にこれを許容する。

(161) 土地は物理的に処分することができないので、所有者としての責任を問われても、対処のしようがない(最後の後始末の術がない)。張洋介「土地所有権放棄の場面における土地所有者の自由と責任」広島地裁松江支部平成28年12月21日判決を手がかりに「法と政治六九巻二号下(平成三〇年)一五三頁も、土地所有権放棄の当否は国土の維持管理の問題であり、問題を、放棄の自由を否定して一私人(所有者)に押し付けるだけで解決するべきではないとする。

土地所有権放棄に反対する論者は、負動産を押し付けられる国の不利益をいうが、それは(もちろんその土地によりけりだが、多くの場合は)大したことないのではないか。負動産なら、国もコストをかけてまで管理することはせずに、ただ置いておくだけだろう。土地所有権放棄を許容することの真のネックは、むしろ、固定資産税の税取減による地方自治体の財政問題にあるように思う(市町村税収の約四割は固定資産税)。土地所有権放棄の可否については、改めて別稿により論じたい。

(162) わが国では、ドイツにおけると異なり、土地の所有権放棄も一少なくとも実務的には一認められていないので、以下にみる諸方策は、マンションだけではなく、土地についても参考になる。

(163) ドイツにおいて、全員の合意があるのであれば、e⑤WEG四条により特別所有権を廃止するという方策もあり得る(注⑮4を参照)。もつとも、自分の特別所有権だけを、他の所有者の同意のもとに廃止させてもらうというのは、自分だけ「いち抜けた」という格好であって、他の所有者の(それも全員の)同意を得るのは難しいことが予想される。(自分のだけではなく)全員の特別所有権の廃止ということならば、一合意を得るということに関しては、e⑦全員が一緒になっての所有権放棄につき全員の合意が得られるような状況であれば同様に可能であろうが一全員の特別所有権を廃止しても普通の持分共同関係に移行するだけなので、建物(自分たちの共有物)をどうするかという問題が依然残り、実際上の意味はなさそうである(負担を逃れようということとの関係では、e⑦所有権放棄の方が優れている)。

(164) 所有権放棄された不動産の国庫帰属を国(財務局)が受け入れた例は、ないわけではないが、要らないからということでポイントと捨てれば、すんなりと国が引き取ってくれる、というものではない(拙稿・前掲(注⑳))札幌学院法学三四巻一号二

三頁)。

(165) 国から貸付けを受けていた国有地を国に返還するに際し、地上の(老朽化した)所有建物の所有権を放棄して国に帰属せしめて、解体費用の出費を免れる例は少なくない(拙稿・前掲(注36))。札幌学院法学三四卷一号五(一八頁)。

(166) 伊藤昌司『相続法』(平成一四年、有斐閣)二二頁、二宮周平『家族法(新法学ライブラリー9) 第5版』(平成三二年、新世社)四四六頁。

(167) 拙稿・前掲(注37)。札幌学院法学三五卷二号一(一三頁。注37をも参照)。

(168) 拙稿・前掲(注36)。札幌学院法学三四卷一号四八頁。

(169) 谷口知平・久貫忠彦編『新版注釈民法⑦ 相続②』(平成元年、有斐閣)六〇四頁(九四〇条の注釈、山木戸克己・宮井忠夫執筆)。

(170) 前掲(注100)『新版注釈民法⑦』六〇五頁(九四〇条の注釈、山木戸・宮井執筆)。

(171) 土壤が汚染された土地が無資力の法人に譲渡された、ドイツでの事案について、拙稿・前掲(注19)札幌学院法学三〇卷二号一七頁、四二(四三頁)注八六。

(172) 拙稿・前掲(注36)。札幌学院法学三四卷一号四七頁。

(173) <https://www.mlit.go.jp/common/001290997.pdf>

(174) マンション建替えと高さ規制との関係を論ずる鎌野・前掲(注18)住総研研究論文集三八号四六(四七頁)の指摘は、示唆に富む。

(175) 多数の論考があるので、ここでは近年の研究として、マンション学六〇号(北海道大会特集号)(平成三〇年)一〇六(一三頁)所収の「第五分科会 区分所有関係の解消制度の課題と提言内容」を挙げるにとどめたい。

(176) ドイツでは、住戸所有者共同関係の非解消性を原則としつつ、例外的に一定の場合にその廃止請求が許容されていた(WEG G 二一条一項(三)(1))。彼地において、WEGが建物解体および住戸所有者共同関係解消に非常に高いハードルを課している、その結果、建替えが進まない」と指摘されることがある(Schmid(注89), ZfR 2011, 809, auch 812)が、それでも、WEGは、例外的に於て、住戸所有者共同関係を解消する余地を認める。わが国では、この間、被災マンション再建特措法やマンション建替え円滑化法の改正を通じて、マンションの解消を可能とする立法措置が講じられてきたが、対象となる場面はなお限定的

である。

- (177) さしあたり、前掲(注95)『新版注釈民法(7)』四六三頁(二五五条の注釈、川井執筆)。
- (178) 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 一(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、「(史料) 共有法(三)」、民商法雑誌一〇五巻五号(平成四年)一二〇頁。
- (179) 前掲(注178)『法典調査会 民法議事速記録 二』九五頁、前掲(注178)民商法雑誌一〇五巻五号一二〇頁。
- (180) 前掲(注178)『法典調査会 民法議事速記録 二』九六頁、前掲(注178)民商法雑誌一〇五巻五号一二〇頁。
- (181) 管理の範疇を超えてくるであろうので、管理組合とは別に、法人化された解消組合的ものを用意した方がよいかもしい。
- (182) 齋藤広子「マンションにおける空き家予防と活用、計画的解消のために」浅見泰司編著『都市の空閑地空き家を考える』(平成二六年、プログレス)一八一頁所収。
- (183) 将来においてマンションを解体して更地になったときに、土地にある程度大きな価値を見込めるのであれば、それを織り込んで、一定程度、減額することが可能であろう。
- (184) 相続放棄されて相続人不存在となっても、法的には相続財産法人が所有者である(民法九五一条)から、所有者不明というわけではないが、相続財産の管理人が選任されなければ、請求の相手にできる人がいないので、事実上、所有者不明のようなものである。
- (185) 筆者が別稿(注37を参照)で紹介した、相続人不存在により国庫に帰属したマンションは、財務局においてすでに売払いができたのであろうか。いずれもリゾートマンションであったようであり、物件の明細をみるかぎりでは塩漬けになりかねない物件ばかりであった印象がある。もしそうなら、国の負担は永遠に続く。
- (186) 朝日新聞令和元年五月一日朝刊二頁「マンション解体 いばら道」は、所有者全員が合意したうえで、追加負担なしで解体できた新潟県湯沢町のリゾートマンションの事例を報じるが、ここでは、一部の所有者が納め続けていた修繕積立金が使われずにたまっていて(約三五〇〇万円)、たまたま解体資金を確保できたことが大きいとする。なお、建物解体後、更地となった敷地は、近くのペンション経営者に五〇〇万円で購入してもらったとのことである。
- (187) 朝日新聞令和元年五月二八日北海道本朝刊二三頁「ビル解体に13億円」は、北海道室蘭市が、(マンションではないが)築

四七年の鉄骨造り四階建ての空きビルを、空家等対策の推進に関する特別措置法(平成二六年法律一二七号)(以下、空家特措法と表記する。)に基づき略式代執行により除却すべく、事業費一億三六四〇万円を補正予算案に計上したと報じる。アスベスト飛散のおそれがある、高額になったとのことである。

(188) その意味では、単純に土地について所有権放棄が希望される局面(土地が価値を失い、土地を「捨てたい。')とは、事情が異なる。マンションの場合は、どのようにしてそれを廃止できるかが焦点であって、更地にすることさえできれば、マンションが建っていたぐらいの土地なので、土地そのものには価値があつて引き合いが期待できるのが通常だろう。したがつて、マンションの所有権放棄とは、建物を、どう費用を工面して解体するかの問題がクリアできないために、価値ある土地(の共有持分)もろともマンションを捨てたい、ということであるともいえる。マンションをどうにかこうにか解体することさえできれば、上物なしの価値ある土地の共有関係に移行することができるわけで、そうした場面では所有権放棄の需要はないであろう。その意味では、(将来の)更地としての土地価値を引当てに、建物解体費用を容易に調達できるような仕組みが構築できないか、検討されてしかるべきだと思う。なお、マンション建替え円滑化法のマンション敷地売却事業により、敷地を含めてマンションを一棟まるごと買い受けた買受人がその費用負担のもとにマンションを解体することも、(敷地売却後の解体という流れではあるが)その一つのありようといえようが、その適用は、耐震性不足の(認定を受けた)マンションに限られる。今後は、耐震性に問題がなくても、社会的に寿命を迎えるマンションが出てくるのではないか。

(189) 解消制度特別研究委員会「マンション解消制度―検討の経緯と提言―(第5分科会、区分所有関係の解消制度の課題と提言内容)」マンション学六〇号(平成三〇年)一〇八頁は、越後湯沢を中心とした管理不全リゾートマンションの調査の結果、建物解体費が土地売却価値を上回ると推定される事例が四件あつたとし、問題解決には、建物解体だけでなく、ホテル等への一括用途転用の可能性の検討、あるいは、戸建て住宅の空家特措法に準じた行政処分の仕組みが必要とする。

(190) なお、タワーマンションの大規模修繕について、山岡淳一郎「鍵は元施工を巻き込めるか タワーマンションの大規模修繕問題」アエラ二〇一七年五月二九日号(平成二九年)二二〜二三頁は、一般的なそれとは様相を異にし、難易度が高いことを指摘する。

(191) 「負動産と富動産 損しない見分け方(特集)」アエラ二〇一九年四月二二日号(平成三一年)一〇、一三頁は、地方だけでなく首都圏でも、不動産の優勝劣敗、二極化が進んでいて、「負動産」と「富動産」を分ける最大の要素は、どのエリアか、ど

の駅か、駅から何分かの立地であるとする。

(192) 「富動産」か「負動産」かはある程度、流動的であろうし、なにより、上物がなくなつてはじめて敷地の価値は現実化(復活)するので、敷地の地価に頼らずに、解体費用を用意しておくことが必要だろう。

(193) タダでポイすることを認めるわけにはいかない。解体費用の用意のないなかで、無償の所有権放棄を認めることは、後片づけせずに自分だけ「いち抜けた」を許すことに他ならず、そのあとのマンシヨンの行く末を考えると(筆者の試論によれば所有権放棄されたマンシヨンは管理組合に帰属することになるので、他の所有者が迷惑を被る)、容認しがたい。

(194) 制度設計に際し、一番のネックになりそうなのは、すでに販売済みのマンシヨンについて、どのようにして解体準備金を徴収するか、であろう。クルマは車検があるので、その機会に、ということが可能であったが、マンシヨンはそうはいかない。また、すでに販売済みであるから、現所有者からある程度大きな金額をいわば追加的に支払ってもらふことになるわけで、マンシヨン住民の反発が強そうである。一括払いでなくて、修繕積立金にならつて月々で払ってもらふようにして負担感を軽くする(軽く見せる)というのもあり得るが、高経年マンシヨンでは月割りの金額もそれなりに大きくなつて、負担感軽減の効果はあまり期待できないであろうし、なにより、総額は変わらない。

(195) 相続放棄されて国庫帰属したマンシヨンにおいて、すでにその萌芽がみられるといえよう。

(令和元年五月三一日脱稿)

