

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——

田 處 博 之

一 はじめに

不動産の所有者は、その所有権を放棄できるか。^①

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であろうし、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。^{②③}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からである。また、建物であっても、区分所有建物については、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ておく必要がある。^{④⑤}

わが民法は、所有者のない不動産は国の所有に属するとする（二三九条二項）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）は規定がない。⁶ そうしたなかで裁判例や学説が不動産所有権の放棄の可否（やその周辺問題）についてどのような態度で臨んでいるか、わが国の法状況について筆者はすでに概観したことがある。⁷ わが国で不動産所有権を放棄することが許されるのかどうか、なおはっきりしない部分はあるが、一般論としておよそ不動産所有権の放棄は許されない、とみることには無理があるようであった。⁸

ところで、そもそも所有権の放棄とは、なんであるか。一般に、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、とされている。⁹

だから、本稿でも、冒頭で、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であろう、と書いた。このことは、常識的に考えれば至極当然のことだが、しかし、よくよく考えてみると、必ずしも自明のことではないようにも思える。すなわち、確かに、その物を捨てれば（占有を放棄すれば）所有権を放棄したといえそうだが、Aその物を捨てながら所有権は留保する、というのはあり得ないのか。占有が自分の意思で放棄されれば、必ずや所有権が放棄されたとみるのかどうか（所有権放棄なしに占有を放棄することはあり得ない、とみるのかどうか）の問題である。また、逆に、Aその物を捨てずに、所有権だけを放棄することは、できないのか。つまり、所有権を放棄しながら、占有は留保することはアリか。所有権放棄には占有放棄を必須とするのかどうか（占有放棄なしの所有権放棄は認めない、とするのかどうか）の問題である。

こうした、A所有権放棄における占有放棄の位置付け問題は、B所有権放棄を法律行為とみるのか事実行為とみるのか、所有権放棄行為の法的性質の問題ともかかわってきそうである。既述のように、所有権の放棄は、一般に、相

手方のない単独行為であるとして、法律行為と性格づけられている。しかし、たとえば「ゴミ箱にポイ」する場面を想起すると、そこでは、意思表示を要素とする法律行為がされているというよりも、事実行為として「ポイ」されている——物を壊したりするのと同列——とみるのが素直なような気もする。所有権放棄の本質は、「ゴミ箱にポイ」なのか、「要らないと意思表示すること」なのか。(B)所有権放棄がもし事実行為なら、(A)所有権放棄には占有放棄が必須のようにも思えるのである——というより、占有放棄そのものが所有権放棄(占有放棄Ⅱ所有権放棄)とさえいへるべきか——。

また、(C)所有者がその所有権を放棄できるとき、この権限はなにに由来するか。わが民法は、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」とする(二〇六条)。放棄はこのうち「処分」に該当し、所有者の放棄「権限」は同条に根拠がある、といえそうである。(C)一般に、同条にいう「処分」には事実的処分と法律的処分とがあり、事実的処分は物を物理的に毀損したり、その性質を変更することであり、法律的処分は譲渡や担保設定等の取引上・法律上の処分行為をすることである、と説明される。(C)放棄は、ここにいる事実的(物理的)処分か、それとも法律的処分か。放棄が法律行為であるなら法律的処分であらうし、そうではなくて事実行為であるなら事実的(物理的)処分といえそうである。(B)所有権放棄を法律行為とみるか事実行為とみるかに通じる問題である。

ところで、民法二〇六条の文言は「…その所有物の…処分をする…」である。とすると、所有権放棄とは、厳密に言えば、「所有権」放棄ではなくて、所有「物」の放棄ということになりそうである。(D)はたして、所有権放棄は、物に対する「所有権」の放棄なのか、「物」の放棄なのか。もし、やはり「物」の放棄ではなくて、物に対する「所有権」の放棄であるとするなら、権利が放棄(ないし、広くには処分)できることは、権利一般に通行される当然の事理な

のだから、(C)所有権放棄は、所有権の行使として(同条に挙げられた処分権限の行使として)されている、というべきではなく——つまり、所有権放棄の権限は、同条にその根拠を求めるのではなく——、およそ権利なるものは、権利者において一般に処分可能であることにその根拠を求めるのが正しい、ということにならないか。このようにみるときは、さらに、(C)同条にいう処分に法律的処分を含むとする一般的な説明への疑いも生じてくる。

とりとめのない疑問を、それも未整理に羅列してしまつたが、不動産について所有権放棄の可否を論じようとするなら、それに先行して、これらの疑問に答えを出しておくことに、一定の意味がありそうである。たとえば、(B)所有権放棄行為の法的性質について、筆者は、前稿では、一般的な説明にしたがい、相手方のない単独行為とするのみで、検討が不十分であつた。しかし、所有権放棄がやはり法律行為であるなら、たとえば権利濫用(民法一条三項)や公序良俗違反(民法九〇条)などでこれを無効とする(そうすることで、放棄(を試みた)者の所有者としての地位を存続せしめる)ことが可能だが、もし、まったくの事実行為であるというなら、これに対する規制は、どのような形になつてよようか(事実行為に有効・無効をいうことはできない。そうすると、たとえば、刑罰や行政上の取締りによるしかないのか、等々)。また、(C)所有権放棄を所有者の「処分」権能(民法二〇六条)に基礎づけられるものとするときは、これに対する制約は所有権行使に対するものとしてみていくことになるが、所有権放棄を所有権の行使としてではなくて、一般の権利処分の一つとみるときは、これに対する制約は、権利放棄行為一般に対するものとして、そのあり様を探っていくことになる。たぶん頭の体操的で、実益の意味に乏しいかもしれないが、前稿の足らざるところを補充する意味で本稿を公にする次第である。

以下、所有権放棄について、(A)占有放棄との関係(二)、(B)法律行為か事実行為か(三)、(C)権限の由縁(四)、(D)「物」の放棄か、物に対する「所有権」の放棄か(五)、と分説していく。

そこでは、必要に応じて、ドイツでの議論も参照する。わが民法と異なり、ドイツでは民法(Bürgerliches Gesetzbuch. 以下、BGBと表記する。)に、所有権放棄について明文規定が置かれていて、これらの問題について、すでに条文から一定の態度が読み取れたり、あるいは、そうでなくても議論の蓄積が、わが国以上に豊富にみられるからである。

二 占有放棄との関係

(A₁)所有権放棄において、占有放棄はどのように位置付けられるか。この問題は、(A₁)占有が自分の意思で放棄されれば、必ずや所有権が放棄されたとみるのかどうか(占有を放棄しながら所有権は留保する、というのはいり得ない、とみるのかどうか)の問題と、逆に、(A₂)所有権放棄には占有放棄を必須とするのかどうか(占有放棄なしの所有権放棄は認めない、とするのかどうか)の問題とに分けることができる。

(1) 占有を放棄すれば所有権を放棄したことになる？

(A₁)占有放棄↓即、所有権放棄といえるかどうかは、多分に意思解釈の問題といえよう。一般にいわれるところによれば、所有権の放棄には、占有の放棄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。¹²⁾ そうすると一番わかりやすいのは、物をゴミ箱へ捨てることだろう。「ゴミ箱にポイ」は、要らないとしかみれないわけで、この場面では占有放棄↓即、所有権放棄と確かにいえる。しかし、たとえば、物を道端に放置するとか、不動産から立ち去るといった場面を考えてみると、取りに戻るつもりがまったくなくないとか、その不動産に帰来するつもりがま

たくないといった場合であれば、所有権放棄をいうことができようが、道端に放置といつても、重いのでそこに置いてただけであとで取りに戻るつもりであつたとか、あるいは、置き忘れただけということもあり得るし、また、不動産から立ち去つても、いづれ帰来する意思であるかもしれない。「ゴミ箱にポイ」とは異なり、こうした場面では、所有権放棄の趣旨を当然に見て取ることは困難だろう（そもそも占有放棄と認め難い場合もあるかもしれないが、かりに占有放棄を認めることができても、所有権放棄の趣旨をみるのが難しい場合がありそうである）。とすると、占有放棄→即、所有権放棄と常にみることには無理があり、占有が放棄されても所有権は留保されている、ということもあり得るといわざるを得ない。学説においてこの問題は、これまでよく論じられてきたとはい難いが、それでも、若干の言及を（古いものに限られるが）みることができる。すなわち、末弘嚴太郎は、大正一〇年に著書『物權法』のなかで、所持放棄行為は必ずや常に放棄意思の表示行為であると認めがたいとし、松岡義正も、昭和五年に著書『民法論』のなかで、海上の危険に遭遇したため船上より投棄した貨物は、占有者なき動産となるが、無主の動産にはならないという例を挙げて、占有放棄の一事で所有権は喪失しないと¹⁵⁾する。

ちなみに、ドイツでは、BGBに所有権放棄についての明文規定が置かれていて、所有権放棄が（土地である¹⁷⁾と動産であると問わず）可能であることが——わが国におけると異なり——条文上明らかである。そして、土地では、所有権放棄は土地登記所に対してする放棄の意思表示と登記とによってされるので、占有放棄いかんは意味をもたない。これに対して、動産では、占有放棄が所有権放棄の要件となっていて、^(A₂)占有放棄なしの所有権放棄はあり得ないが、逆に、^(A₁)占有を放棄しただけで所有権が放棄されたことになるのかどうかは、ドイツでもやはり問題となる。BGB規定の文言をここでみておこう。BGBは、所有権の章の第二節「不動産所有権の取得および喪失」のなか

で、以下のとおり規定する。

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。

また、B G Bは、所有権の章の第三節「動産所有権の取得および喪失」第五款「先占」のなかで、以下のとおり規定する。

九五八条 無主の動産についての所有権取得

1 無主の動産を自主占有した者は、その所有権を取得する。

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

九五九条 所有権の放棄

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

このように、ドイツでは、土地所有権放棄に占有放棄いかんが意味をもたないことが条文上明らかであり(BGB九二八条一項)、土地について^(A)占有を放棄しても、所有権を放棄したことにはならない。今日のBGBコンメンタールでも、土地が事実上放棄されただけでは、所有者の放棄意思がいかに疑いなくとも、所有権は消滅しないことがいわれる⁽¹⁸⁾。同条の基礎となった一八八七年の第一草案八七二条も、所有権放棄の成否を占有放棄の有無にかかわらずしていない⁽¹⁹⁾が、このことについて、同草案の理由書は、

土地所有権の譲渡に占有の放棄が必要とされないのに、所有権放棄についてこの要件を立てるのは適切でないだろう。所有者が自分の権利を手放す決意を、土地に対する事実上の行為を通じて表明することで、すでに所有権喪失が可能とされるなら、所有権は十分に保護されていないだろう。一つには、熟慮せず軽率に所有権を放棄することを防止するため、もう一つには、実際に所有権放棄があつたかどうかの疑問が生じないようにするため、行為を要式化して、所有権放棄表示は土地登記所で行い、土地登記簿にそれを登記するものと規定することが望ましい、⁽²⁰⁾とする。

もつとも、土地所有権放棄から占有放棄という事実的要素を取り除いたことに対しては、異論もなくはなかつた。事実上放棄されたに過ぎない土地は、(土地所有権放棄の要件である所有権放棄表示とその登記という手順が踏まれていない以上)所有権放棄されたとはいえなくなってしまうからである。すなわち、連邦参議院において、バイエルンは動議を提出して、土地が事実上放棄された事例を考慮しないままに置くことは許されないと主張する。いわく、たしかに、草案は、土地所有権取得の形式についての諸規定に対応している。しかし、事実上だけに放棄された土地をも可能なかぎりすみやかに、きちんとした管理に復帰させることが国土開発にかなう。管理されず、二、

三年来、土地税が納付されていない土地を没収する権限を財政官庁に認めるラント立法は、効力を失わないとするのが、もつとも合理的であろう、²¹⁾

占有放棄された土地について、国への帰属を可能ならしめようとするこのバイエルンの動議は、しかし、公法上の問題であつて BGB のかわるところではない、などと指摘されて、立法にはいたらなかつた。²²⁾

では、動産についてはどうか。 BGB 九五九条に規定されるように (A_1) 動産所有権の放棄では占有の放棄が要件となる（占有放棄なしの動産所有権放棄は認められない。）が、動産について (A_1) 占有が放棄されれば、所有権も放棄されたことになるか。同条の基礎となつた第一草案九〇四条について、同草案の理由は、²³⁾

占有の放棄は、所有権放棄を必然的に含むわけではない。所有権を放棄する意思表示には占有を放棄する意思表示を必然的に含むが、その逆はいえない、

とする。²⁴⁾ 今日の BGB コメントールにも、占有放棄から所有権放棄の意思を推論できるかどうかは、事情によるとする記述がみられる。²⁵⁾

(2) 所有権を放棄するには占有をも放棄しなければならない？

(A_2) 所有権放棄には占有放棄が必須かどうかについては、かつてはよく論じられていた。民法起草者の一人である富井正章は、明治三九年に著書『民法原論』のなかで、所有権放棄は通常、所有物の遺棄により成立するとする。²⁶⁾ これが必要や占有放棄を要するとする趣旨かどうかは、（通常という言い方をしているので）明らかでないが、所有権放棄

には占有放棄を要すると明言する学説は確かに存在する。すなわち、中島玉吉は、大正三年に著書『民法釋義』のなかで、まず動産所有権の放棄について、相手方のない意思表示だが占有放棄を要し、要物行為であるとし（相手方のない行為であつてしかも対世的効力を生ぜしめるので、一般人に認識可能な外形的表象を要するから。そして、これが従来の通説であるとする。）、不動産所有権の放棄についても同様とする。吉田久も、昭和四年に著書『民法提要』のなかで、所有権放棄には物の占有の廃罷を要する（占有が継続するのに無主物とみるのは法律觀念に合わない）とし、また、舟橋諄一も、昭和三五年に著書『物權法』のなかで、所有権放棄は相手方のない単独行為だが、所有権のように占有をともなうべき物權について占有を有するときは、放棄の意思表示のほかに占有の放棄を要するとし、この趣旨は逆の形で、動産の無主物先占（民法二三九条一項）や遺失物拾得（民法二四〇、二四一條）が占有取得を要件としていることに現れているとする。⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

これらに対して、所有権放棄には占有放棄を要しないと明言する学説もいくつかみられた。すなわち、山下博章は、昭和二年に著書『物權法論』のなかで、所有権放棄を所有物の遺棄により成立する要物行為と理解するのは正しくなく、一般人に認識可能な外形的表象を要するというなら、所有権放棄の広告でもよいはずであるとし、占有を保持しながら所有権を放棄することは稀ではあるが、ないわけではない（例として、鉄くず等を手許に置きながら所有権を放棄して、希望者が持つて行くのに委ねること、運び出して廃棄する手数を省こうという場合。）とする。⁽³¹⁾ 沼義雄も、昭和八年に著書『綜合日本民法論』のなかで、所有権放棄は占有放棄をともなうのが通常だが、必ず占有放棄によつて成立するとは正当でないとする。⁽³²⁾⁽³³⁾ 我妻榮が昭和二七年に著書『物權法』のなかで、物權の放棄は単独行為であり、所有権や占有権の放棄は「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して、占有放棄を必須としないがごときという（「その他によつて」というわけだから）のは、こうした流れを受けてのことであろう。⁽³⁴⁾

さらに、動産と不動産とで扱いを異にする学説もみられた。すなわち、川名兼四郎は、大正四年に著書『物權法要論』のなかで、動産については、所有権を消滅せしめる意思と占有放棄の事実との両方がないと所有権の放棄にならないとして、占有放棄を要求する一方で、不動産については意思表示だけで足り、占有の放棄は要件でないとし、石田文次郎も、昭和七年に著書『物權法論』のなかで、動産については放棄の意思表示の他に物の遺棄が必要だが、不動産については意思表示だけでできるとする。³⁶⁾

かつてはこのように占有放棄の要否につき見解の対立さえみられたが、しかし、現在ではあまり論じられなくなっており、注釈書やごく一部の概説書に若干の言及がみられるにとどまる。³⁷⁾

ちなみに、ドイツでは、(1)にみたようにBGBがこの問題について立場を明らかにして、すなわち、動産所有権の放棄では占有放棄を要し(BGB九五九条)、土地所有権の放棄では占有放棄を要しない(BGB九二八条一項)ものとされている。動産と不動産とで扱いを異にする右の学説は、こうしたBGBの立場に影響されたものといえようが、そもそも、ドイツにおいて動産と土地とで占有放棄の要否につき扱いが異にされたのは、どのような事情からか。BGB九二八条の制定は大きいえば、一八八〇年のヨホウによる物權法部分草案一二八条→一八八七年の第一草案八七二条→一八九五年の第二草案八四一条という過程をたどったのであるが、物權法部分草案一二八条は、その一項において、

従来の所有者が所有権を手放す意図で占有を放棄した土地は、その所在する市町村(ゲマインデ)に帰属する、としていて、³⁸⁾ — BGBと異なり — 土地所有権放棄に占有放棄を要求していた。当時、ラントによっては土地所有権放棄に占有放棄を要求しない法制もあつたが、⁴⁰⁾ 同草案の理由書は、こうした立場によれば、所有権放棄から事実的要

素が取り除かれ、所有者は土地を去ることなく所有権を放棄できることになり、これは①所有権放棄の伝統的概念から断絶している（この断絶による利点も見られない）こと、②土地を放棄するという所有者の決意が、一時的な困難ではなく、当該土地を保有することの不可能性によって生じていることの十分な保障がないことから、懸念があるとしたのである。⁽⁴⁾

占有が放棄されていないときに、所有権放棄をみることは許されないとするヨホウのこうした立場は、しかし、第一草案によつては支持されなかった。(1)にみたように、第一草案八七二条は、所有権放棄の成否を占有放棄の有無にかからしめることを否定し、占有放棄は、土地所有権放棄の要件から外されたのである。土地所有権の放棄に占有放棄を要しないことは、今日のBGBコンメンタールにおいても疑われない。⁽⁴⁾

これに対して、動産所有権放棄では、一八八〇年のヨホウによる物権法部分草案一五七条が、土地所有権放棄におけると同様に占有放棄を要求していたのを、一八八七年の第一草案九〇四条はそのまま引き継ぎ、BGB九五九条となった。このことについて、第一草案の理由書は、

ライヒで通用する諸法すべてにおいて、動産の所有権放棄には、従来の所有者の所有権放棄に向けられた意思が必要であり、そして、この所有権放棄意思が、物と実際に訣別することに表現されなければならないとされている。本草案はこれに与する、⁽⁴⁾
とする。

こうした歴史的経過からBGBは動産所有権放棄につき占有放棄を必須としたものといえるが、ちなみに、BGBは、動産所有権の譲渡についても、その成立要件として引渡しを求めている（九二九条）、わが民法が引渡しを求めつつも對抗要件としてであるに過ぎない（一七八条）のと異なり、BGBでは引渡しを欠けば所有権が移転しないもの

とされる。この引渡 (traditio) 主義に規定されて、B G B は、動産所有権放棄についても占有放棄を要求したとみることができる。⁽⁴⁵⁾

三 所有権放棄は法律行為か事実行為か？

一にみたように、一般に、(B)所有権放棄は、相手方のない単独行為であるとして、法律行為と性格づけられている。今日ではこのことについて争いをみないが、しかし、かつては、所有権放棄は法律行為ではないと解されていたように、遊佐慶夫は、大正八年に著書『民法概論』のなかで、所有権放棄は所有物を事実上遺棄することによって生じる法律効果であつて、当事者の意思により生じるのではないので、法律行為ではないとし、吉田久も、昭和四年に著書『民法提要』のなかで、これを承けてであろうか、所有権放棄は放棄の意思をもって物の占有を廃棄することが必要で、放棄の意思が表示されても物の占有が廃棄されないかぎりには放棄にならないので、所有権放棄は意思表示を要しないから法律行為でないと学者は解しているとする。⁽⁴⁷⁾ 沼義雄も、昭和八年に著書『綜合日本民法論』のなかで、所有権放棄は、所有権喪失という効果を欲する意思の表示を必要とせず、通常、物の遺棄によりこの意思が実現されるので、法律行為でないとする。⁽⁴⁸⁾ 民法起草者の一人である富井正章も、明治三十九年に著書『民法原論』のなかで、所有権放棄は通常、一定の人に対してするのでなく、所有物の遺棄によって成立し、遺棄は法律行為でないとしていた。⁽⁴⁹⁾ こうした学説状況をみてのことであろう、我妻榮は、昭和四年に著書『物權法』のなかで、自身は所有権放棄を法律行為と解しつつも、法律行為でないとするのがむしろ多数かもしれないとする。⁽⁵⁰⁾

それからのような経過があつて、法律行為と解するのが一般になったかは、よくわからない。しかし、(B)所有権

放棄を（法律行為でなく）事実行為とみる立場は、右にみたように、^(A)所有権放棄には占有放棄を必須とする立場（もつという）、所有権放棄を物の放棄そのものとみる理解がその基礎にあるやに感じられる。）に由来するところ、根拠のないまま多くの憶測だが、^(A)所有権放棄に占有放棄を必須と解したからといって、^(B)所有権放棄を事実行為とみる必然性はなかった、ということなかもしれない。すなわち、^(B)所有権放棄を法律行為とみつつ、占有放棄を要する要物行為であると解釈する途はあるわけで、実際、二⁽²⁾にみたように、^(A)所有権放棄には占有放棄を要するとする立場が比較的近年でも主張されているところ、ここでは所有権放棄は法律行為とみられているのである。⁽¹⁾

とすれば、一般にいわれているように、^(B)所有権放棄を法律行為とみることでもよいようにも思われる（^(A)要物行為として占有放棄を要求するかどうかは、どちらもあり得るにしても）。しかしなお、ここで、民法二〇六条に規定される所有者の処分権能について、みておきたい。というのも、同条にいう「処分」の意義について一般に説明されているところと突き合わせてみると、^(B)所有権放棄の性格づけには、やはり再検討の余地があるといわざるを得ないからである。

民法二〇六条は、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」と規定する。このうち処分については、一般に以下のように説明されている。すなわち、^(C)処分には二種が、すなわち、(1)事実的処分と(2)法律的処分とがあり、(1)は物を物理的に毀損したり、その性質を変更することであり、(2)は譲渡や担保設定等の取引上・法律上の処分行為をすることである。⁽²⁾ そうしたなかで、一部の概説書では、放棄が処分の一例として挙げられていて、⁽³⁾ ここでは、^(C)(1)事実的（物理的）処分为例として放棄を挙げるものと、(2)法律的処分として放棄を挙げるものとに分かれるのである。すなわち、平野裕之は法律上の処分として「放棄（所有権の放棄）、

譲渡、担保権の設定など」といい、⁽⁵⁵⁾荒川重勝・下村正明は法律的処分として「権利の譲渡・放棄等」といい、⁽⁵⁶⁾水津太郎は権利の全部または一部を法律的に処理することとして「所有権の譲渡・放棄、地上権・抵当権の設定など」という。⁽⁵⁷⁾放棄を処分の一例として挙げる概説書のうち、このように(2)法律的処分として放棄を挙げるものは、——網羅的にみたわけではないので、根拠のないあくまで印象だが——どちらかといえば少数で、むしろ、(1)事実的(物理的)処分として放棄を挙げるものの方が比較的多数であるように感じられる。すなわち、いずれも物理的処分として、稲本洋之助は「消費、改変、破毀、放棄……」と、⁽⁵⁸⁾原田純孝は「消費・改造・毀滅・放棄など」と、⁽⁵⁹⁾秋山靖浩は「消費・改造の他、放棄や損傷も含む」と、それぞれいう。⁽⁶¹⁾後者の、放棄を(2)法律的処分ではなく、(1)事実的(物理的)処分に位置付ける立場は、⁽⁶²⁾暗黙の前提として、(B)所有権放棄を法律行為ではなく事実行為とみているようにみえる(だからこそ、放棄を事実的(物理的)処分とみるのだろう)。

あるいは、後者の、(C)放棄を民法二〇六条にいう処分のうち、事実的(物理的)処分とみる立場は、(不動産ではなく)動産の所有権放棄を念頭に置きながら、そのように説明しているのかもしれない。たしかに、放棄されるのが動産であるときは、そうした説明はシツクリくる。「ゴミ箱にポイ」する場面を想起すると、そこでは、一でも書いたように、意思表示を要素とする法律行為がされているというよりも、事実行為として「ポイ」されているとみるのが素直なような気がするからである——物を壊してしまうのと同列だろう——。これに対して、放棄されるのが不動産であるときはどうか。動産同様に、(1)事実的(物理的)処分としての放棄をいうことができるか。不動産(土地)を物理的に捨てることは不可能だとすれば、「ゴミ箱にポイ」できるのは動産だけ。建物であれば解体して動産にしたうえで「ポイ」できるが)、こちらはムリっぽい。右にみた、後者の、所有権放棄を民法二〇六条にいう処分のうち、事実的(物理的)処分とみる立場は、不動産所有権の放棄のことを視野に入れずに、そのように説明しているのかもしれない。

とすると、不動産の放棄では、むしろ、(2) 法律的処分としての放棄をいわざるを得ない、ということか。否、しかしこれもよく考えてみると、そこから立ち去るというやり方での「捨てる」なら、不動産でもあり得る(実は動産でも、「ゴミ箱にポイ」ではなく、そこにそのまま放置するというやり方での「捨てる」がある)。そうすると、やはり不動産でも、(1) 事実的(物理的)処分としての放棄をいうことができそうである。

ということ、(C) 放棄を民法二〇六条にいう処分のうち事実的(物理的)処分の例として挙げる概説書がそれなり
の数、みられることにかんがみると、現時においても——動産だけでなく不動産も含めて——(B) 所有権放棄を、むしろ法律行為ではなく、事実行為と性格づけることが、十分成り立ち得るかのようである。

結局、所有権放棄の本質は、「ゴミ箱にポイ」なのか、「要らないと意思表示すること」なのか。

あるいはひょっとして、両方なのか。すなわち、(B) 所有権放棄は法律行為としてされることもあれば、事実行為としてされることもあり、法律行為でも事実行為でもどちらもあり得る、ということなかもしれない。清水元は、平成二二年に著書『プログレッシブ民法 物権法 第二版』において、まさしくこのような理解を示す。清水いわく、「所有者がその所有物を海中に投棄したり、置き棄てにする等、事実行為によって無主物にすることができるが、意思表示により物権を放棄することも可能である」と。このように事実行為としての放棄と法律行為としての放棄とを区別する考え方は古くにもあったようで、薬師寺志光は、昭和三七年に著書『日本物権法新講』において、「法律行為としての所有権の放棄」と「事実行為としての所有の放棄」とを区別する考え方の当否を論じている。すなわち、薬師寺いわく、ある考え方によれば、所有の放棄を無主物の先占に対応させ、無主物先占は、無主物に対して所有者としての実力を取得する事実行為であり(その効果として所有権が取得される)、今度は、この所有者としての実力を放

棄する所有放棄（これも事実行為である。）により所有権が消滅して、以前の無主物に復帰するとされ、この見解が許されるなら、——占有権において、法律行為としての占有権放棄と事実行為としての占有放棄（占有意思の放棄または所持の放棄）とのいずれによつても占有権の消滅が可能なのと同じように——所有権でも、法律行為としての所有権の放棄と事実行為としての所有の放棄とのいずれによつても所有権の消滅が可能となろうが、わが民法は後者による所有権の消滅を認めていないので、この所有放棄説は妥当でないとするのである。

思うに、(A)占有放棄↓即、所有権放棄と解すべきでなかったのは、要らないという意味を欠かすべきではなかったからである。ただ捨てれば、それだけで当然に所有権放棄があつたとするわけにはいかない。所有権放棄があつたとするためには、所有権放棄の意思の存在が欠かせないのである。そうすると、やはり、所有権放棄は、意思表示を要素とする法律行為であるといわざるを得ない。薬師寺志光がいうように、事実行為としての所有の放棄という概念は、放棄の意思をとまなわなないでいいとする趣旨なら、認めがたいのである。物を壊すのと物を放棄するのは、やはり違う。物を壊す場合であれば、所有権が客体を失うので、所有権は消滅せざるを得ない（所有者に所有権消滅を欲する意思が、かりになくても）。しかし、放棄では、客体である物はなお存在するので、物を壊す場合とは異なり、（物を放棄しただけでは）所有権消滅を当然にいうことはできず、所有権消滅を欲する意思を要するといふべきなのである。

ドイツではどうかであるか。不動産の所有権放棄が法律行為であることは、BGB九二八条一項の文言から明らかである。これに対して、動産の所有権放棄については、法律行為とみるべきかどうかにつき、かつては争いがあったようであるが、BGB第一草案の理由は、これを決しないとしていたが、今日のBGBコンメンタールは、動産所有権の放

棄も法律行為であるとする。⁽⁶⁷⁾

四 所有権を放棄する権限の由縁——所有権放棄は民法二〇六条にいう処分か？——

三では、(B)所有権放棄の法的性質をみるに際し、所有権放棄が民法二〇六条にいう「処分」にあたることを前提に、(C)これを「処分」のうち事実的（物理的）処分とみるべきか、法律的処分とみるべきかをみた。(C)同条にいう「処分」には、事実的（物理的）処分と、譲渡などの法律的処分とがあるとするのは、今や、概説書などに普通にみられる一般的な説明であるが、しかし、歴史的にみるとき、このように説明することは必ずしも必然ではない。⁽⁶⁸⁾

民法起草委員である梅謙次郎や富井政章は、民法二〇六条にいう処分は事実的（物理的）処分だけであり、法律的処分を含まないとしていた。すなわち、梅は、明治二九年に著書『民法要義』のなかで、処分の意義は往々にして誤解されて、権利の譲渡や放棄が処分とされているが正しくなく、所有権は物の上に存する権利なので、「所有者が物を処分する権利を有する」といえば、物を毀損したりその性質を変更するなど、物を意の如く処置することをいい、同条にいう処分は、権利の譲渡や放棄の意味をもたない（そのように解さないと、ほとんどの財産権は、譲渡・放棄できるので、処分権をその構成分とすることになってしまう。）とする。⁽⁶⁹⁾ 富井も、明治三九年に著書『民法原論』のなかで、同条にいう処分とは、物の実質を変更しまたはその全部もしくは一部を毀損・消費するといった事実上の処分をいい、所有者はもちろん、この他に、所有物を他人に譲渡したり、所有物に質権その他の物権を設定することができるが、そうした法律上の処分（所有権そのものの処分）ができることを所有権の性質とするのは誤りである（およそ財産権は処分できるのが原則なので。）とする。⁽⁷⁰⁾

民法二〇六条にいう「処分」に法律的処分を含まないとする立場が、かつては、むしろ多数であった。加古貞太郎は、明治三年に民法質疑録のなかで、以下のようにいう。「所有物の処分」とは、物の性質を変更し、毀損もしくは破壊することをいうと解さないと、法文は意義を失ってしまう、なぜなら、同条は所有権を定義したものであって、所有権が他の財産権とくに所有権以外の物権と異質な性質はこの処分権にあり、同条で特に明規した所以はここにあるからである、もし同条の処分が権利の処分の意味であると解すると、ほとんどすべての財産権は処分権をその構成分とすることになってしまい、所有権を定義した同条は無意味に帰してしまふ、と。^①横田秀雄も、明治四二年に著書『物權法』のなかで、法律上の処分行為は所有権の内容に関するものではなくその外包に属し、所有権に固有な性質ではなく財産権一般に共通する性質であるから、同条にいう「処分」とは有形的処分行為であつて法律上の処分行為を含まないとする。^②さらに、吉田久も、昭和四年に著書『民法提要』のなかで、法律上の処分、すなわち所有権を譲渡したり制限を加えたりすることは、所有権に特有のことではなく、他の物権にも存する現象なので、所有権の性質とするのは正しくない、また、同条は使用・収益・処分というが、使用・収益の多くは事実行為であつて法律行為ではないので、処分も事実上の処分を意味すると解すべきであるとする。^{③④}

また、(所有権についてはなく)権利一般についてであるが、末川博は、昭和三年に「私権の行使」と題する論説のなかで、権利の処分が、(権利内容を現実化する過程としての)権利行使といえるか、つまり権利を処分できるということは権利の内容に属するかを論じて、以下のように述べてこれを否定する。すなわち、処分される客体が同時に自らを処分し得る力であるというのは、たとえば投げられる石がこれを投げる手と同じであるというのと等しく論理的に許されない、権利を処分できるということは権利を有することにともなういわば必然的な力であつて、これは、権利の内容というよりむしろ、権利を有する者に普遍的に与えられたものである、したがつて、権利の処分(譲渡)

けでなく廃棄や制限、内容変更も)は権利行使とはいえないとする。⁽¹⁵⁾ 於保不二雄も、昭和八年に「授權(Ermächtigung)に就て」と題する論説のなかで、これを支持して、譲渡されるものが同時に譲渡するものであるとするのはそれ自体論理的に矛盾しているなどとす。⁽¹⁶⁾

それが、どのような経過で、民法二〇六条の処分は法律的処分も含むとする反対説が通説化したかは不明だが、かつての通説を支持する立場も、その後、少数説ながらみられた。すなわち、広中俊雄は、昭和五四年に著書『物権法』のなかで、さきの梅謙次郎の説明を引用して、物の事実的処分をする権能は、抵当権や地上権、賃借権にはなく、ただ所有権の内容にとどまるとして、梅の説明を正当とし、同条にいう処分は建物を取り壊すなどの事実的処分を意味するとす。⁽¹⁷⁾

そして、近年は、こうしたかつての通説を支持する論者が増えつつある。すなわち、水津太郎は、平成二二年に共著書『新民法講義2 物権・担保物権法』のなかで、同条にいう「処分」の意義については、一般論として(a)権利の全部または一部を法律的に処理すること、(b)物の全部または一部を物理的に処理することの二義が考えられ、通説は(a)と(b)の双方を含むとするが、反対説もあり、そのうち、(a)のみを挙げる見解は不当である(物理的処理を否定するのは不適切だし、「処分」にこれを含めるのが文理上もつとも素直なので)、(b)のみとする見解は、処分されるもの(所有権)が同時に処分するもの(所有権)であるという論理的矛盾を回避するとともに、債権・形成権などのような財産権一般の処分の理論を構築する契機を含むとする。⁽¹⁸⁾ 水津は、平成二七年にも「物権的請求権と無体的利益」と題する論説のなかで、同条の「処分」とは、条文上明らかなように、「物」の処分であって(物理的処分)、「権利」の処分(法律的処分)を含まない、所有権を処分する力が処分される所有権に内包されているというのは論理矛盾であって、所有権を処分する力は、所有権の外に、すなわち、物の上の所有権が所有者に属していること(帰属)、所有者が

所有権を「有している」こと（所有）に求めざるを得ない、所有権にかかる処分権限は、同条にいう「処分」ではなく、所有権の「帰属」や「所有」に由来するとする⁽²⁹⁾。また、平野裕之も、平成二三年に著書『コア・テキスト 民法 II 物権法』のなかで、同条の所有権の内容としての「処分」は物を物理的に処分することに限られるべきであり、譲渡したり抵当権など制限物権を設定するなどの法的な処分は、すべての財産権に共通の、財産権の「帰属」者にはその財産権の処分権（その財産権を放棄・譲渡できるなど）が帰属するという原理によって説明されるべきである、財産権の処分は「帰属」概念に結びつけられるべきであって、「帰属」概念の代用として所有権概念を拡張するのは、所有権という財産権に所有権がさらに成立するという説明になってしまい、適切でないとする⁽³⁰⁾。さらに、森田宏樹も、平成二七年に「処分権の法的構造について」と題する論説のなかで、所有権ないし財産権の内容を、当該権利の客体からの排他的な利益享受と捉えるときは、当該権利の法的処分権は、その内容を構成すると解することはできず、法的処分権は、当該財産権の法主体への排他的帰属関係の構成要素であるとする⁽³¹⁾。

ドイツでわが民法二〇六条に相当するのは、BGB九〇三条である⁽³²⁾。今日のBGBコメンタールでの同条の注釈をみるかぎり、わが国で概説書などにみられるのと同様の説明がされるのみで（なお、そこでは、放棄は、事後的（物的）処分ではなく法律的処分と位置付けられている⁽³³⁾）、所有者の権能に法律的処分が含まれるかという問題は認識されていないかのようである。

五 「物」の放棄か、物に対する「所有権」の放棄か？

最後の問いに移ろう。①放棄されるのは「物」なのか、それとも、物に対する「所有権」なのか。このことは、放棄に限らず、譲渡その他、処分一般について問題となり得る。たとえば、物売り買いたしときに、「物」が譲渡されるのか、それとも、物に対する「所有権」が譲渡されるのか。森田宏樹は、平成二六年に「財の無体化と財の法」と題する論説のなかで、フランスにおける「所有権」概念についての理解を紹介して、(1)所有権を、物からその「有用性」を引き出す権能として、その客体面から理解する古典的理解（客観的理解）と、(2)所有権の再定義を主張して、所有権を、人に物が排他的に帰属する「関係」として、その主体面から理解する近時の有力説（主観的理解）とがあり、物が譲渡されたときに、前者の客観的理解からは、処分の客体として所有権が移転したものと捉えられるのに対し、後者の主観的理解からは、所有権が移転するのではなく、その客体である財産が移転する（譲渡人への帰属関係が消滅し、譲受人への帰属関係が新たに成立する）と考えられるとし、わが民法における通常の理解は、前者の客観的理解とさほど相違がないとする。⁽⁸⁴⁾ 水津太郎も、平成二六年に「民法体系と物概念」と題する論説のなかで、ドイツのカール・ラーレンツによる定式⁽⁸⁵⁾を援用して、処分の対象は権利である（支配権の対象が物である）とする。⁽⁸⁶⁾「物」の移転ではなく、物に対する「所有権」の移転とみることは、わが民法が、売買において、売主の財産権（所有権が代表例）移転義務をいう（五〇五条）こととも符合しよう。

三や四にみてきたところとも、突き合わせてみよう。すなわち、所有権放棄の位置付けは、(a)民法二〇六条にいう処分のうち事実的（物理的）処分か、(b)同条にいう処分のうち法律的処分か、(c)右のいずれでもなく（同条にいう処

分、所有権行使としての物の処分にはそもそもあたらず、所有権の処分(財産権の一つである所有権そのものの処分)のいづれかである。このうち、(α)と(β)は(D)「物」の放棄とみるものであり、(γ)は(D)「物」の放棄ではなく物に対する「所有権」の放棄とみるものである。四にみたように、かつての通説(近時の有力説)によれば、(C)所有権を譲渡したり放棄したりする所有権の処分(法律的処分)は、同条にいう「処分」に入らないとされるから、(β)は成り立たない。現時の通説によれば、(C)所有権の処分も同条にいう「処分」に入るとされるので、(β)はあり得る。

あとは、(B)放棄を事実行為とみるか法律行為とみるかである。三にみたように、放棄を事実行為とみるのなら、(α)民法二〇六条にいう事実的(物理的)処分とみることになる(物を壊したりするのと同じ)。逆に、放棄を法律行為とみるのなら、放棄は(β)同条にいう法律的処分とみるか、(γ)同条にいう処分にはそもそもあたらず、所有権の処分とみることになる。しかし、三での考察の一応の結論としては、やはり、所有権消滅の効果が生じるには、「要らない」という意思の存在と、その(黙示的であれ)表示を要し、所有権放棄は譲渡などと同様、意思表示を要素とする法律行為とみるべきであった。

とすると、(α)民法二〇六条にいう事実的(物理的)処分とみるべきではないから、(C)民法二〇六条にいう処分には法律的処分を含まないとするかつての通説(近時の有力説)によるときは(β)同条にいう法律的処分とみる余地はないから、(γ)所有権の処分とみることに、すなわち、(D)放棄されるのは「物」ではなく、物に対する「所有権」とみることになる。これに対して、(C)法律的処分も同条にいう処分に含まれるとする現時の通説によるときは、(β)同条にいう法律的処分とみることも可能で、すなわち、(D)放棄されるのは「物」とみることもある。

六 むすびに代えて

所有権の放棄とは、結局、なんであるか。あまり自信はないが、筆者なりの一応の結論を示しておこう。これまで普通にいわれてきたように、所有権放棄は、(B)意思表示を要素とする法律行為である、ということでもいいと思う。それは、(動産を)ゴミ箱にポイするような、一見、事実行為であるかに見えるときであつても、である。物を捨てただけで当然に所有権放棄があつた、と常にいえるものではないからである。黙示的で構わないにしても、所有権放棄の意思表示がやはり必要というべきなのである。また、(A)占有放棄との関係についても、占有を放棄すれば必ずや所有権が放棄されたというものではないし、また、所有権放棄には占有放棄が欠かせないというものでもない。

(C)民法二〇六条にいう処分との関係では、放棄（より一般的には、譲渡を含めて権利の処分一般）を同条にいう法的処分とみることは、許されるか。これを許されないとするかつての通説（近時の有力説の指摘はもつともであつて、正確さを期すならば、まさしくその通りであるといわざるを得ないと思う。しかし、所有者が所有する物（の所有権）を譲渡や放棄できる（処分できる）こと自体に違いはないのであつて、それを所有権の一権能とみるべきでないとするにどのような実質的意味があるのか。その濫用等に対する制約を考える際にも、権利処分行為一般に対するものとしてより、所有権行使に対するものと捉える方が、より実体に即した判断ができるのではないか（本稿では、その検討をなし得なかつたが）。

以上のようにみることが許されるならば、従来いわれてきたこととまったく変わり映えしない結論ではあるが、所有権放棄は、意思表示を要素とする法律行為であり、民法二〇六条にいう処分の、それも法律的処分の一であるとい

うことになる。

注

- (1) いうまでもなく、刑罰を受け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、放棄には制約があっ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。
- (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(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)七八二頁(二七九条の注釈、徳本鎮執筆))。
- (3) 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②)『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。
- (4) 建替えでは区分所有者および議決権の五分の四以上の賛成を要し(区分所有法六二条一項)、取り壊すだけ(建て替えない)なら区分所有者全員の合意が要る。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)一〇、一条は、大規模一部滅失の場合(区分所有法六一條五項)に、多数決による建物取壊しを可能としている。
- (5) 不動産所有権の放棄の可否を論じる意義につき、拙著「土地所有権の放棄は許されるか」札幌学院法学二九卷二号(平成二五年)一〜二頁。
- (6) そもそも、わが民法では、不動産にかぎらず一般に(不動産であると動産であるとを問わず)、物について所有権放棄が可能かどうか、規定されていない。明治三年の旧民法は、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ていない。
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、その放棄が可能であることが条文中、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（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）九六〇頁（二八七条の注釈、中尾英俊執筆））。

(7) 拙稿・前掲（注(5)）札幌学院法学二九卷二号一〜二八頁。

(8) 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。もつとも、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するので、不動産所有権放棄を許容することには否定的なニュアンスか。

(9) さしあたり、前掲（注(2)）『新版注釈民法(6) 物権(1) 補訂版』七八二〜七八三頁（二七九条の注釈、徳本執筆）。また、最近であれば、吉田克己「財の多様化と民法学の課題——鳥瞰的整理の試み」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』（平成二六年、商事法務）二七頁が、所有権放棄を法律行為（単独行為）であるとして、民法九〇条により放棄自由の制約が当然に存在し、廃棄物等（価値を認める者が現れないような「絶対的負財」に限る。）の不法投棄は同条違反により無効であるとす

る。

(10) 遠藤浩・鎌田薫編『物権 第五版新条文対照補訂版（別冊法学セミナー一八八 基本法コンメンタール）』（平成一七年、日本評論社）九四頁（二〇六条の注釈、斉藤博執筆）。こうした説明は他の注釈書や概説書にも——一々挙げることはしないが——普通に見ることができる。

(11) 拙稿・前掲（注(5)）札幌学院法学二九卷二号一五頁注一。

(12) 注(9)を参照。

(13) 加藤雅信『新民法大系II 物権法 第二版』（平成一七年、有斐閣）二〇八頁は「物を捨てる」という行為は所有権放棄の意思表示であるとし、秋山靖浩・伊藤栄寿・大場浩之・水津太郎『物権法（日評ベシック・シリーズ）』（平成二七年、日本評論社）一六五頁（伊藤栄寿執筆）は所有する本を捨てた場合、所有権を放棄したことになるとする。また、所有権放棄を説明して、平野裕之『コア・テキスト 民法II 物権法』（平成二三年、新世社）一一一頁は「物をごみ箱に捨てる」というような行

為」と、星野英一『民法概論Ⅱ(物権・担保物権) 合本再訂』(昭和五五年、良書普及会) 七九頁は「動産を捨てるなど」とする。

(14) 末弘巖太郎『物權法 上卷』(大正一〇年、有斐閣) 一〇五頁。

(15) 松岡義正『民法論 物權法』(昭和五年、清水書店) 五六一頁。

(16) そのほか、岩田新『物權法概論』(昭和四年、同文館) 二二三頁も、所有權放棄には、占有放棄があつても、必ず明示または默示の意思表示によつて放棄意思が現れなければならないとする。

なお、裁判例も、所有權放棄の認定には謙抑的なものが少なくない。たとえば、動産につき浦和地裁昭和五八年二月一日九日判決(判時一一〇九号一二五頁)(部品が欠落してブレーキが作動せず、後輪タイヤが外れかき、全体に錆が生じた自転車が駅前路上に放置されていても、所有者が所有權放棄した無主物とは認められないとする。)、大阪高裁昭和六二年一月二二日判決(判時一二六七号三九頁)(公団住宅から約定に反して無断転居し、賃料も不払いであつた賃借人の部屋に公団職員が立ち入り、残置物を所有權放棄されたものとして搬出廃棄したことは違法であるとして、賃借人からの慰謝料請求を認容する。)、河川区域内の土地につき大阪高裁昭和五八年一月二八日判決(高民集三六卷一頁二頁)(原判決は所有權放棄があつたと認定していたが、これを取り消した。詳しくは拙稿・前掲(注⑤) 札幌学院法学二九卷二二〇〜二二二頁注二五を参照。)、共有墓地につき大審院明治二九年五月一三日判決(民録二輯五卷三三頁)(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つても、既得の共有權を放棄したと推定することはできないとする。)

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

(18) Axel Pfeifer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 928 Rn. 9.

(19) 同条一項は、「登記された所有者が、土地登記所において、土地所有權を放棄することを表示したときは、この表示が土地登記簿に登記されることで、その者の所有權は消滅する」としていた。

(20) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3: Sachenrecht, 1888 (Nachdruck 1983), S. 325-326. Vgl. auch Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3: Sachenrecht, 1899 (Nachdruck 1983), S. 185, 186.

- (21) Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht, I, §§ 854-1017, 1985, S. 579.
- (22) Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (注⑳), S. 579-580.
- (23) 同条は、「所有者が、所有権を放棄するとの表示とともに、所持を他者に譲ることなく所持を放棄した動産は、無主となる」としていた。
- (24) Motive, Bd. 3 (注㉑), S. 370-371. Vgl. auch Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (注㉒), S. 693.
- (25) Peter Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 959 Rn. 1.
- (26) 富井政章『民法原論 第二卷物權上』(明治三九年、有斐閣書房) 八三頁。
- (27) 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) 二九七-二九八頁。
- (28) 吉田久『民法提要(物權) 上冊』(昭和四年、巖松堂書店) 二六頁注二。
- (29) 舟橋諱一『物權法(法律学全集一八)』(昭和三五年、有斐閣) 五三頁。
- (30) そのほか、柚木馨『判例物權法總論』(昭和九年、巖松堂書店) 四〇頁も、放棄は単独行為だが、所有権のように占有を包含する物權では、意思表示のほかに占有の放棄をも要するとし、明治三年の旧民法についてであるが、江木衷『日本民法財産篇 物權之部』(明治二十四年、有斐閣書房) 二二二-二三三頁も、もはや所有しないとの意思表示では足りず、そうした物件を打ち捨てる行為が必要であるとする。また、末川博『物權法(新法學全集第八卷)』(昭和十二年、日本評論社) 九六頁は、放棄は単独行為だが、所有権のように物の占有をとまなう物權では占有をも放棄しなければ物權放棄の意思を認めたいのが普通であるとする(普通であるとするので、必ずや占有放棄を要するとする趣旨かどうかは不明である)。
- (31) 山下博章『物權法論 上卷』(昭和二年、文精社) 四四一-四四二頁。山下は、昭和六年にも著書『物權法概要 上卷』(有斐閣) 一〇六頁において、要物行為とみるのは正しくなく、ただ、所有物を遺棄しないと所有権放棄の意思表示とみることができない場合があるだけであるとす。
- (32) 沼義雄『綜合日本民法論(3)』(昭和八年、巖松堂書店) 五四九頁注五。
- (33) そのほか、岩田・前掲(注⑩)『物權法概論』二二三頁も、所有権放棄に必ず占有放棄が伴わなければならないとする根拠はな

いとし、林良平『物權法』(昭和二六年、有斐閣)四〇頁も、所持の放棄を必ずしも必要としないとし、葉師寺志光『日本物權法新講』(昭和三七年、政文堂)九八頁も、所持廃止行為を要素とする要物行為ではない(所有權放棄の意思が所持廃止行為によつて表示されることが多いが。)とする。

(34) 我妻榮『物權法(民法講義Ⅱ)』(昭和二七年、岩波書店)一五六頁。

(35) 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。

(36) 石田文次郎『物權法論』(昭和七年、有斐閣)四三七頁。

(37) 昭和四二年の注釈民法では、所有權や占有權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(「その他の行為」ともいうわけだから、占有放棄が必須というわけでもなさそうである。)一方で、「占有を伴うべき物權について占有を有するときは、放棄の意思表示のほか、占有の放棄をも要すると解すべきであろう」とされる(舟橋諱一編『注釈民法(6) 物權(1)』(昭和四二年、有斐閣)(一七九條の注釈、徳本鎮執筆)三九九頁)。占有放棄を要するの必要ないのか、必ずしも趣旨が明確でないが、この記述は平成二一年の『新版注釈民法』の補訂版にもそのまま引き継がれている(前掲(注②)『新版注釈民法(6) 補訂版』七八二〜七八三頁(一七九條の注釈、徳本執筆))。なお、後段の「占有の放棄をも要する」とのくだりでは、舟橋・前掲(注②)『物權法』五三頁の参照が指示されている。前段の「占有放棄ないしその他の行為により」のくだりには参照指示はないが、おそらく、我妻・前掲(注③)『物權法』一五六頁に影響されたことだろう。

また、近年の概説書では、登記や引渡しを所有權變動の(對抗要件ではなく)効力要件とみる独自の立場からではあるが、石田穰『民法大系(2) 物權法』(平成二〇年、信山社)二九六頁が、動産所有權放棄に占有放棄を要求している。

(38) 川名・前掲(注③)『物權法要論』八七頁は、動産所有權放棄に、所有權を消滅せしめる意思と占有放棄の事実との両方を要求するに際し、BGB九五九條とスイス民法(Schweizerisches Zivilgesetzbuch)七二九條とを援用する。スイス民法七二九條は、動産所有權は、占有が失われても、所有者が權利を放棄するか、または、のちに他者が所有權を取得するかのいずれかによつてでないかぎり、消滅しないと規定する。

(39) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht (Teilentwurf zum Sachenrecht), Vorlage des Redaktors Reinhold Johow, 1880, S. 21, bei: Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die

erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB), Sachenrecht, Teil 1: Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, 1982, S. 35.

- (40) ザクセン民法典二九四条は「不動産は、所有者がこれを放棄する場合でも、その者が土地登記簿に登記せられているか否かは、その者の所有権にとどまる。所有者が裁判所において、所有権を放棄する意思を表示する場合は、不動産は、権限ある者の公の呼び出しがされたあと、相続人のない財産として扱われる」と規定していた。また、バイエルン王国民法典草案第三部(占有および物に対する権利)の一五一条も、「不動産の所有者が公正証書においてまたは管轄の税務官庁もしくは地域当局において、所有権放棄を表示するか、または、放棄の意図で登記簿における自分の所有権を抹消せしめる場合は、このことにより、その土地の存するゼマインデが当該不動産の所有権を取得する」としていた。

- (41) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht (Teilentwurf zum Sachenrecht), Begründung, Vorlage des Redaktors Reinhold Johow, Bd.1, 1880, S. 719, bei Schubert (Hrsg.), Vorlagen der Redaktoren, Sachenrecht, Teil 1 (法②), S. 843.

- (42) Markus Artz, in: Erman, Handkommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 928 Rn. 5; Axel Benning, in: juris Praxiskommentar BGB, 6. Aufl. 2013, § 928 Rn. 14; Herbert Grziwoltz, in: NomosKommentar BGB, 4. Aufl. 2016, § 928 Rn. 7; Pfeifer, in: Staudinger, BGB, 2011 (法②), § 928 Rn. 16.

- (43) 同条は「所有者が、もはや持しことを欲しない意図のもとに保持を放棄した動産は、無主となる」としていた。

- (44) Motive, Bd. 3 (法②), S. 370. Vgl. auch Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht (Teilentwurf zum Sachenrecht), Begründung, Vorlage des Redaktors Reinhold Johow, Bd. 2, 1880, S. 830, bei Schubert (Hrsg.), Vorlagen der Redaktoren, Sachenrecht, Teil 1 (法②), S. 964; Jakobs und Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB, Sachenrecht, I (法③), S. 693.

- (45) Jürgen Oechsler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 959 Rn. 1.

- (46) 遊佐慶夫『民法概論 物権篇 第一分冊』(大正八年、有斐閣書房)四九頁。しかし、地上権や抵当権など制限物権の放棄は、その設定者に対してする単独行為であるとす。

- (47) 吉田・前掲(注②)『民法提要(物権)上冊』二六頁註一。学説の参照指示はない。

- (48) 沼・前掲(注32)『綜合日本民法論(3)』五四七～五四八頁。もっとも、所有権放棄の意思がなんらかの方法で外部に表現されることは必要なので、所有権放棄は意思実現の一種であるとする。これに対して、末弘・前掲(注14)『物權法 上巻』一〇六頁註四は、所有権放棄を法律行為でなく意思実現とみる学者は少なくないが、通説とは思えない、この説は「表示」の意義を嚴格に解し過ぎていて、行為者の効果意思の存在が認識可能ななんらかの外形的事実があれば、表示があるといつてよい、とする。
- (49) 富井・前掲(注26)『民法原論 第二巻物權上』八三頁。
- (50) 我妻榮『物權法(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。大した実益のない論争ともいう。もっとも、筆者のみるところ、——さらに古くは古くはどうであつたかはわからないが——昭和四年の当時にはすでに、所有権放棄を法律行為とみる論者が少なからずみられる。法律行為とする当時の学説として、網羅的ではないが、中島・前掲(注17)『民法釋義 卷之二上 物權篇上』(大正三年)二九七～二九八頁、末弘・前掲(注14)『物權法 上巻』(大正一〇年)一〇五頁、山下・前掲(注31)『物權法論 上巻』(昭和二年)四四〇～四四二頁、岩田・前掲(注16)『物權法概論』(昭和四年)二三頁、松岡・前掲(注15)『民法論 物權法』(昭和五年)五六一頁、石田・前掲(注36)『物權法論』(昭和七年)四三七頁。
- (51) 注37)に紹介した注釈民法における説明をも参照。
- (52) 良俗違反を理由に遺骸の所有権放棄を許されないとした大審院昭和二年五月二七日判決(民集六卷三〇七頁)がある(拙稿・前掲(注5))。札幌学院法学二九卷二号五頁を参照)。良俗違反という以上は、所有権放棄が法律行為であることを前提とするものといえようか。
- (53) 前掲(注10)『物權 第五版新条文対照補訂版(基本法コンメンタール)』(二〇六条の注釈、斉藤執筆)。こうした説明は他の注釈書や概説書にも普通に見ることができる。
- (54) もっとも、一部の概説書に限られる。民法二〇六条の「処分」を説明するに際し例を挙げるものは少なくないが、注釈書や多くの概説書では、放棄は例に挙げられていない。
- (55) 平野裕之『物權法(論点講義シリーズ05)』(平成九年、弘文堂)二四〇頁。もっとも、平野・前掲(注13)『コア・テキスト 民法II 物權法』一五〇頁は、事理的(物理的)処分とみる趣旨か(注62)を参照)。
- (56) 田中整爾編『現代民法講義2 物權法 第二版』(平成一〇年、法律文化社)一八五頁(荒川重勝・下村正明執筆)。

- (57) 石崎泰雄・渡辺達徳編『新民法講義2 物権・担保物権法』(平成二年、成文堂) 四〇頁(水津太郎執筆)。ただし、一般論としてである。水津自身は、(C)同条にいう処分には法律的分を含まれない趣旨か(注(78)を参照)。
- (58) そのほか、西川一男『物権法(第一部)完』(刊行年は不明だが、大正二年の講義録なので、その頃と思われる。中央大學) 二一〇頁、横田秀雄『物権法』(明治三十八年、日本大學(発行所)、清水書店(発売所)) 一九〇頁(もつとも、のちの改版で、(C)同条にいう処分には法律的分は含まれないとする。注(7)を参照)。また、明治三年の旧民法についてであるが、江木・前掲(注(30))『日本民法財産篇 物権之部』一四四頁。さらに、概説書ではないが、森田宏樹『財の無体化と財の法』前掲(注(9))『財の多様化と民法学』一一四頁(もつとも、(C)同条にいう処分には法律的分が含まれるか——法律的分は所有権の行使なのか——の問題があるとする)。
- (59) 稲本洋之助『民法II(物権)(現代法律学講座)』(昭和五十八年、青林書院新社) 二六五頁。もつとも、その一九九頁では、所有権放棄を法律行為としてしている。
- (60) 淡路剛久・鎌田薫・原田純孝・生熊長幸『民法II——物権 第三版補訂(有斐閣Sシリーズ)』(平成二年、有斐閣) 一三頁(原田純孝執筆)。もつとも、その二〇一頁では、執筆者は異なる(淡路剛久執筆)が、物権の放棄を法律行為(単独行為)であるとしている。
- (61) 石田剛・武川幸嗣・占部洋之・田高寛貴・秋山靖浩『民法II 物権』(平成二年、有斐閣) 一一九頁(秋山靖浩執筆)。もつとも、その二二頁では、執筆者は異なる(石田剛執筆)が、物権の放棄を法律行為(単独行為)であるとしている。
- (62) そのほか、吉田・前掲(注(28))『民法提要(物権)上冊』九八頁(吉田は所有権放棄は法律行為ではないとする趣旨か。注(47)を参照)、小野幸二編著『基本民法シリーズII 物権法 第三版』(平成一八年、八千代出版) 一一五頁(古田重明執筆)(もつとも、その八二頁では、執筆者は異なる(尾中普子執筆)が、物権の放棄を法律行為(単独行為)であるとしている)。さらに、「放棄」という言葉は用いないものの、「破棄」など、放棄に類似する行為を事実的(物理的)処分例として挙げられるものとして、舟橋・前掲(注(29))『物権法』三四〇頁(破棄)、伊藤進編『ホンブブック 民法II 物権法 改訂版』(平成一七年、北樹出版) 一〇五頁(大澤正男執筆)(廃棄)、近江幸治『民法講義II 物権法 第三版』(平成一八年、成文堂) 二一七頁(破棄)、加藤・前掲(注(13))『新民法大系II 物権法 第二版』二四九頁(破棄、廃棄、川井健・鎌田薫編『現代青林講義 物権法・担保物権法』(平成二年、青林書院) 一三八頁(良永和隆執筆)(滅失、毀損)、平野・前掲(注(13))『コア・テキスト 民

- 法Ⅱ 物権法』一五〇頁(廃棄)、森泉章編『基本民法学Ⅰ 総則・物権法・担保物権法 改訂版』(平成五年、法学書院)二八四頁(近江幸治執筆)(破棄)。
- (63) 清水元『プログレッシブ民法 物権法 第二版』(平成二年、有斐閣)一一三頁。もともと、清水は、民法二〇六条にいう処分を説明するに際して放棄を例として挙げているが、事実的(物理的)処分ではなく、法律的処分として位置付けているようである(一一三八頁)。
- (64) 薬師寺・前掲(注33)『日本物権法新講』九八〜九九頁注一。
- (65) なお、放棄を無主物先占と対比する発想は、舟橋・前掲(注29)『物権法』五三頁にもみられるが、薬師寺は、本文にいう「ある考え方」が舟橋説であるとはいっていない。薬師寺・同所には学説の引用はないし、そもそも舟橋は、所有権放棄に占有放棄を要求するものの、所有権放棄を法律行為とみる立場である。注(29)を参照。
- (66) Motive, Bd. 3 (注38), S. 371.
- (67) Frank Ebbing, in: Erman BGB, 14. Aufl. (注39), § 959 Rn. 2; Benning, in: jurisPK BGB, 6. Aufl. (注39), § 959 Rn. 1; Oechsler, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. (注39), § 959 Rn. 1; Thomas Hoeren, in: NomosKomm BGB, 4. Aufl. (注39), § 959 Rn. 1.
- (68) たとえば、我妻栄・有泉亨・清水誠・田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法——総則・物権・債権——第三版』(平成二五年、日本評論社)四三二頁(二〇六条の注釈)、前掲(注10)『物権 第五版新条文対照補訂版(基本法コンメンタール)』九四頁(二〇六条の注釈、斉藤博執筆)、淡路ほか・前掲(注60)『民法Ⅱ——物権 第三版補訂』一三一頁(原田純孝執筆)、石田ほか・前掲(注61)『民法Ⅱ』一一九頁(秋山靖浩執筆)、加藤・前掲(注13)『新民法大系Ⅱ 物権法 第二版』二四九頁、我妻栄著・有泉亨補訂『新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』(昭和五八年、岩波書店)二七〇頁など。
- (69) 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)八七〜八八頁。
- (70) 富井・前掲(注20)『民法原論 第二卷物権上』九三〜九四頁。
- (71) 加古貞太郎『民法第八十七條及ヒ第二百六條ノ處分ナル文字ハ處分權即チ權利消滅ノ場合ノミヲ指スヤ又ハ物ニ負擔ヲ生セシムルコト等ヲモ包含スルヤ』(民第七百二十七號問題、質疑者 土居中衛)『法典質疑録三四号』(明治三三年)三〇九頁。
- (72) 横田秀雄『物権法 改版増補第六版』(明治四二年、日本大學(発行所)、清水書店(発売所))二七七〜二七八頁。明治三八

年の初版では、所有物に関する所有者の処分行為には有形的処分行為と法律上の処分行為とがあるとすると、同条にいう処分に法律上の処分行為が含まれるかどうかには言及がなかった(前掲(注58))『物権法』一九〇頁)のが、翌年の増補により、同条にいう処分は有形的処分行為であるとの一文が付加され、『物権法 増訂三版』(明治三十九年、日本大學(発行所)、清水書店(発売所))二〇〇頁、その後、改版によりこの一文が拡充されて、本文紹介のとおりとなった。

(73) 吉田・前掲(注28)『民法提要(物権) 上冊』(昭和四年)九八頁註二。

(74) そのほか、中島・前掲(注27)『民法釋義 卷之二上 物権篇上』三〇四頁、川名・前掲(注35)『物権法要論』五七頁、三瀧信三『物権法提要 第一冊 物権總論所有権』(大正五年、有斐閣書房)五四〜五五頁。なお、当時、こうした立場を部分的に修正して、民法二〇六条にいう「処分」には法律的処分も一部、含まれるとする立場も、主張されていた。すなわち、遊佐・前掲(注46)『民法概論 物権篇 第一分冊』五六頁注一は、譲渡できることは財産権に共通のことで、同条にいう処分に含まれないが、制限物権の設定は所有者特有の処分であって同条にいう処分に含まれるので、法律的処分は同条にいう処分にあらないとするのは正しくないとする(山下・前掲(注31)『物権法論 上卷』四四八頁、山下・前掲(注31)『物権法概要 上卷』一〇七頁も同旨)。

(75) 末川博「私権の行使」法學論叢二〇卷一号(仁保博士織田博士還暦祝賀論文集)(昭和三年)二三四〜二六六頁(末川博「権利侵害と権利濫用」(昭和四五年、岩波書店)九五〜九六頁所収)。

(76) 於保不二雄「授權(Ermächtigung)に就て」田中直吉著作代表『法學論文集 京大訣別記念』(昭和八年、政經書院)二八三〜二八四頁(於保不二雄「財産管理權論序説」(昭和二年、有信堂)四五〜四六頁所収)。

(77) 広中俊雄『物権法 下卷(現代法律学全集6)』(昭和五六年、青林書院新社)三七四〜三七五頁。

(78) 石崎ほか編・前掲(注57)『新民法講義2 物権・担保物権法』四〇頁(水津太郎執筆)。b)のみとする見解を明示的に支持するものではないが、賛意を示すニュアンスが感じられる。

(79) 水津太郎「物権的請求権と無体的利益(特集 物権法の新しい波 V)」法学教室四一七号(平成二七年)三一頁。

(80) 平野・前掲(注13)『ゴア・テキスト 民法II 物権法』一五〇〜一五一頁。

(81) 森田宏樹「処分権の法的構造について」『日本民法学の新たな時代(星野英一先生追悼)』(平成二七年、有斐閣)五〇八頁。同「財の無体化と財の法(日本私法学会シンポジウム資料 財の多様化と民法学の課題 報告III)」NBL一〇三〇号(平成

- 二六年) 四二頁、同・前掲(注⁸⁰)「財の無体化と財の法」『財の多様化と民法学』一一四―一一五頁をも参照。
- (82) 同条前段は、「物の所有者は、法律または第三者の権利に妨げられないかぎりで、随意にその物を処理し、かつ、他人からあらゆる作用を排除することかへある」と規定する。
- (83) Hans Hermann Seiler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2002, § 903 Rn. 10; Passenge, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. (注⁸⁵), § 903 Rn. 5; Reiner Lenke, in: Pritting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2015, § 903 Rn. 2; Gerhard Ring, in: NomosKommentar BGB, 4. Aufl. (注⁸⁶), § 903 Rn. 30.
- (84) 森田・前掲(注⁸⁰)「財の無体化と財の法」『財の多様化と民法学』一〇七―一一〇頁
- (85) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, 285.
- (86) 水津太郎「民法体系と物概念」前掲(注⁹)『財の多様化と民法学』七二―七三頁。

(平成二八年一月二二日脱稿)